

Der Immobilien-Leasingvertrag nach schweizerischem Privatrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
CHRISTOPH WULKAN
von Bern und Zürich

1906

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Michael Riemer

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Der Immobilien-Leasingvertrag nach schweizerischem Privatrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
CHRISTOPH WULKAN
von Bern und Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Michael Riemer

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 3. Dezember 1986

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 102 der Reihe Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser.

An dieser Stelle danke ich Herrn Prof. Dr. iur. Hans Michael Riemer sehr herzlich für die Unterstützung sowie für die grosse Freiheit, die er mir bei der Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation gewährt hat.

Zu grossem Dank bin ich sodann Herrn Dr. iur. et lic. rer. pol. Mario Giovanoli verpflichtet für seine zahlreichen wertvollen Anregungen zu dieser Arbeit. Mein besonderer Dank richtet sich ausserdem an Herrn Dr. iur. Thomas Rinderknecht und Herrn Dr. iur. H.U. Wehinger, welche mir beide einen grossen Teil ihrer mehrjährigen Erfahrung mit der Praxis des Leasing in der Schweiz zur Verfügung gestellt haben.

Schliesslich gilt mein herzlicher Dank Herrn Dr. phil. Werner Bachmann für seinen freundlichen Beitrag bei der Durchsicht des Manuskripts.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XVII

Erster Teil Die Grundlagen zur Behandlung der Rechtsverhältnisse beim Immobilienleasing

§ 1 Terminologisches	3
1. Kapitel: Faktische Grundlagen	4
§ 2 Wirtschaftliche Begriffsbestimmung des Leasing	4
I. Der Leasingbegriff im allgemeinen	4
II. Der wirtschaftliche Leasingbegriff	5
§ 3 Erscheinungsformen des Leasing	6
I. Das Kriterium der Stellung des Leasinggebers	6
II. Das Kriterium der Dauer bzw. der Kündbarkeit	8
III. Das Kriterium des Leasingobjektes	12
IV. Die Sonderform des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens	14
2. Kapitel: Das Immobilienleasing	16
§ 4 Formen des Immobilienleasing	16
I. Allgemeine Übersicht	16
II. Schematische Gliederung der verschiedenen Formen von Immobilienleasing	17
§ 5 Die einzelnen Vertragsverhältnisse beim Immobilienleasing	18
I. Das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer	19
II. Das Rechtsverhältnis zwischen Leasinggeber und dritter Partei	22

§ 6	Die Entwicklung und Verbreitung des Immobilienleasing	23
I.	Das Immobilienleasing als Neuschöpfung des anglo-amerikanischen Rechtssystems	23
II.	Die Entwicklung des Immobilienleasing in Kontinental-europa	25
III.	Die Entwicklung des Immobilienleasing in der Schweiz	27
§ 7	Der Immobilienleasingvertrag	35
I.	Das Vertragsobjekt	35
II.	Die Vertragsparteien	36
III.	Die Vertragsdauer	38
IV.	Die Vertragsform	39
V.	Die rechtliche Stellung der Vertragsparteien	40
VI.	Verzug, Gefährdung der Forderungsrechte des Leasinggebers sowie andere Vertragsverletzungen durch den Leasingnehmer	53
VII.	Gefahrtragung und Haftung	57
VIII.	Die Beendigung des Immobilienleasingvertrages	60
IX.	Der Immobilienleasingvertrag unter dem Aspekt des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland	65
§ 8	Der wirtschaftliche Zweck beim Immobilienleasing	67
§ 9	Die Einordnung des Immobilienleasing unter die Erscheinungsformen des Leasing	69
§ 10	Der Begriff des Immobilienleasing	70

Zweiter Teil Die schuldrechtliche Analyse des Immobilienleasingvertrages

1. Kapitel:	Die Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien	75
§ 11	Grundlagen	75
I.	Einleitung	75
II.	Vergleich zwischen dem Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien und dem Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien	77
III.	Die Theorien bezüglich der Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Mobilien in der schweizerischen Lehre	82

§ 12	Die schuldrechtliche Qualifikation des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien	89
I.	Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Veräußerungsvertrag	90
II.	Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Kreditvertrag sui generis	93
III.	Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Gebrauchsüberlassungsvertrag	98
VI.	Schematische Darstellung der Verteilung der wesentlichen Rechte und Pflichten auf die Parteien bei den vier für den Immobilienleasingvertrag entwickelten Vertragstheorien	103
2. Kapitel:	Die schuldrechtliche Qualifikation des Sale-and-Lease-Back von Immobilien	104
§ 13	Grundlagen	104
§ 14	Das Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien als Kreditvertrag sui generis	106
 <i>Dritter Teil Die sachenrechtliche Analyse des Immobilienvertrages</i>		
§ 15	Einleitung	111
§ 16	Möglichkeiten des Sachenrechts zur Absicherung des Gebrauchsüberlassungsrechts des Leasingnehmers beim Immobilienleasing	113
I.	Das Gebrauchsüberlassungsrecht des Leasingnehmers als beschränkt dingliches Recht	114
II.	Absicherung der Ansprüche des Leasingnehmers mittels Einräumung einer Realobligation	115
Zusammenfassung		123

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil Die Grundlagen zur Behandlung der Rechtsverhältnisse beim Immobilienleasing

§ 1	Terminologisches	3
1. Kapitel:	Faktische Grundlagen	4
§ 2	Wirtschaftliche Begriffsbestimmung des Leasing	4
I.	Der Leasingbegriff im allgemeinen	4
II.	Der wirtschaftliche Leasingbegriff	5
§ 3	Erscheinungsform des Leasing	6
I.	Das Kriterium der Stellung des Leasinggebers	6
A)	Das unmittelbare Leasing	6
B)	Das mittelbare Leasing	7
II.	Das Kriterium der Dauer bzw. der Kündbarkeit	8
A)	Das Finanzierungsleasing	8
B)	Das Operatingleasing	11
III.	Das Kriterium des Leasingobjektes	12
A)	Das Mobilienleasing	12
1.	Das Konsumgüterleasing	12
2.	Das Investitionsgüterleasing	13
B)	Das Immobilienleasing	13
IV.	Die Sonderform des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens	14
2. Kapitel:	Das Immobilienleasing	16
§ 4	Formen des Immobilienleasing	16
I.	Allgemeine Übersicht	16
II.	Schematische Gliederung der verschiedenen Formen von Immobilienleasing	17



§ 5	Die einzelnen Vertragsverhältnisse beim Immobilienleasing	18
I.	Das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer	19
A)	Die Leasingabrede	20
B)	Zusätzliche Abreden im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Leasingobjektes	21
1.	Der Leasingnehmer als Generalunternehmer	21
2.	Der Leasingnehmer als Beauftragter	22
II.	Das Rechtsverhältnis zwischen Leasinggeber und dritter Partei	22
§ 6	Die Entwicklung und Verbreitung des Immobilienleasing	23
I.	Das Immobilienleasing als Neuschöpfung des anglo-amerikanischen Rechtssystems	23
II.	Die Entwicklung des Immobilienleasing in Kontinentaleuropa	25
III.	Die Entwicklung des Immobilienleasing in der Schweiz	27
A)	Das Modell «Zentra-Ver»	28
B)	Das Modell A + E Leasing	29
C)	Andere Modelle	33
D)	Die wirtschaftliche Bedeutung des Immobilienleasing in der Schweiz	34
§ 7	Der Immobilienleasingvertrag	35
I.	Das Vertragsobjekt	35
II.	Die Vertragsparteien	36
A)	Der Leasinggeber	36
B)	Der Leasingnehmer	37
III.	Die Vertragsdauer	38
IV.	Die Vertragsform	39
V.	Die rechtliche Stellung der Vertragsparteien	40
A)	Die Pflichten des Leasinggebers	40
1.	Finanzierung und Erwerb des Leasingobjektes	40
2.	Überlassung des Leasingobjektes zum Gebrauch	41
a)	Gehörige Erfüllung	41

b) Rechtsfolgen der nichtgehörigen Erfüllung	42
aa) Sachgewährleistung	42
aaa) Wandelung	43
bbb) Minderung	43
ccc) Nachbesserung	44
bb) Geltendmachung der Schadenersatzansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem Veräusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes	44
cc) Rechtsgewährleistung	46
c) Die Einräumung eines Kaufsrechts	47
B) Die Pflichten des Leasingnehmers	48
1. Zahlung des Leasingzinses sowie der zusätzlichen Vertragskosten	49
a) Der Leasingzins	49
b) Zusätzliche Vertragskosten	49
2. Sorgfaltspflicht und Gebrauch	50
a) Sorgfaltspflicht	50
b) Gebrauch des Leasingobjektes	50
3. Unterhalt und Reparaturen	50
4. Die Empfängerobliegenheiten des Leasingnehmers gegenüber dem Lieferanten	52
5. Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche durch den Leasingnehmer	53
VI. Verzug, Gefährdung der Forderungsrechte des Leasinggebers sowie andere Vertragsverletzungen durch den Leasingnehmer	53
A) Verzug und Gefährdung der Forderungsrechte des Leasing- gebers durch den Leasingnehmer	53
1. Sofortige Vertragsauflösung	54
2. Aufrechterhaltung des Vertrages	55
B) Andere Vertragsverletzungen durch den Leasingnehmer	56
1. Missachtung der Sorgfaltspflicht sowie Unterlassung der Variantenwahl bezüglich des Geschicks des Immobilienleasingvertrages nach Ablauf der Grund- vertragszeit	56
2. Unterlassung der Empfängerobliegenheiten, der Unter- halts- bzw. Reparaturarbeiten sowie der Geltendmach- ung der Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Ver- äusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes	57
VII. Gefahrtragung und Haftung	57
A) Gefahrtragung	57
B) Haftung	59
1. Haftung des Leasingnehmers	59
2. Werk- und Grundeigentümerhaftung	60

VIII. Die Beendigung des Immobilienleasingvertrages	60
A) Ordentliche Beendigung	60
1. Rückgabe des Leasingobjektes	60
2. Ausübung der Optionsrechte	61
a) Geltendmachung der Option für einen Anschluss- leasingvertrag	62
b) Ausübung des Kaufsrechts	62
B) Ausserordentliche Beendigung	63
1. Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Leasingnehmers	63
2. Die vorzeitige Beendigung des Immobilien- leasingvertrages aufgrund der clausula rebus sic stantibus	63
IX. Der Immobilienleasingvertrag unter dem Aspekt des Bundes- gesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland	65
§ 8 Der wirtschaftliche Zweck beim Immobilienleasing	67
§ 9 Die Einordnung des Immobilienleasing unter die Erscheinungs- formen des Leasing	69
§ 10 Der Begriff des Immobilienleasing	70

Zweiter Teil Die schuldrechtliche Analyse des Immobilienleasingvertrages

1. Kapitel: Die Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien	75
§ 11 Grundlagen	75
I. Einleitung	75
II. Vergleich zwischen dem Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien und dem Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien	77
A) Gegenüberstellung	77
1. Zweckverfolgung	77
2. Stellung der Leasingabrede innerhalb des ganzen Leasinggeschäftes	77

3. Der Finanzierungsleasingvertrag als Rechtsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer	78
a) In materieller Hinsicht	78
b) In formeller Hinsicht	78
4. Abwicklung des Leasinggeschäftes	78
B) Ergebnis	80
III. Die Theorien bezüglich der Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Mobilien in der schweizerischen Lehre	82
A) Der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien als Veräusserungsvertrag	82
B) Der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien als Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis	83
C) Der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien als Kreditvertrag sui generis	86
§ 12 Die schuldrechtliche Qualifikation des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien	89
I. Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Veräusserungsvertrag	90
II. Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Kreditvertrag sui generis	93
III. Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Gebrauchsüberlassungsvertrag	98
A) Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Miet- oder Pachtvertrag	99
B) Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Innominatvertrag	102
IV. Schematische Darstellung der Verteilung der wesentlichen Rechte und Pflichten auf die Parteien bei den vier für den Immobilienleasingvertrag entwickelten Vertragstheorien	103
2. Kapitel: Die schuldrechtliche Qualifikation des Sale-and-Lease-Back von Immobilien	104
§ 13 Grundlagen	104
§ 14 Das Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien als Kreditvertrag sui generis	106

Dritter Teil Die sachenrechtliche Analyse des Immobilienleasingvertrages

§ 15	Einleitung	111
§ 16	Möglichkeiten des Sachenrechts zur Absicherung des Gebrauchs- überlassungsrechts des Leasingnehmers beim Immobilienleasing	113
I.	Das Gebrauchsüberlassungsrecht des Leasingnehmers als beschränkt dingliches Recht	114
II.	Absicherung der Ansprüche des Leasingnehmers mittels Einräumung einer Realobligation	115
	A) Das Kaufsrecht	117
	B) Das Mietrecht	119
	Zusammenfassung	123

Abkürzungsverzeichnis

A. (oder Aufl.)	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
BB	Der Betriebsberater (Heidelberg 1946 ff.)
Bd. (Bde.)	Band (Bände)
Bem.	Bemerkung
Berner Kommentar	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (begründet von Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt von Dr. H. Becker, hg. von Prof. Dr. A. Meier-Hayoz; Verlag Stämpfli & Cie, Bern)
bes.	besonders
betr.	betreffend
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, vom 16. Dezember 1983
BewV	Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, vom 1. Oktober 1984
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne 1875 ff.)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel 1954 ff.)
BMM	Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972
BStBl	Bundessteuerblatt
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
ca.	zirka
DB	Der Betrieb (Düsseldorf 1948 ff.)
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss	Dissertation (thèse)
DStR	Deutsches Steuerrecht
Erw	Erwägung
f (ff)	und nächstfolgende Seite(n) bzw. und nächstfolgende(r) Artikel

GBV	Verordnung betreffend das Grundbuch, vom 22. Februar 1910
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
hg.	herausgegeben
i.S.	in Sachen
Jhg.	Jahrgang
JT	Journal des Tribunaux (Lausanne 1853 ff.)
JuS	Juristische Schulung (München 1961 ff.)
N	Note (Fussnote oder Randnote)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	revidiertes Schweizerisches Obligationenrecht = BG über das Obligationenrecht, vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pra	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes (Basel 1912 ff.)
S.	Seite
s.	siehe
SA	Société Anonyme
sem (= Semjud)	La Semaine Judiciaire (Genf 1879 ff.)
SHZ	Schweizerische Handelszeitung
SJK	Schweizerische Juristische Karthothek (Genf 1941 ff.)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904 ff.)
Slg.	Sammlung
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel)
Syst. T.	Systematischer Teil des vorliegenden Bandes
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil 1920 ff.)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern 1865 ff.)
ZfU	Zentrum für Unternehmensführung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich 1902 ff.)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel 1852 ff.; n. F. Basel 1882 ff.; die Bandnummern beziehen sich stets auf die neue Folge)
z.T.	zum Teil
Zürcher Kommentar	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Verlag Schulthess & Co. AG, Zürich)

Literaturverzeichnis

- ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI: Handbuch des Geld, Bank- und Börsenwesens der Schweiz (3. A. Thun 1977).
- BENNER, Ulrich: Leasing beweglicher Anlagegüter, Betriebswirtschaftliche Aspekte einer Alternative zum Anlagenkauf (Diss Köln 1966).
- BISCHOFF, Jacques: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus (Diss Zürich 1983).
- BODMER, Virginia F.: Bilanzkosmetik oder unternehmerische Weisheit?, in: SHZ Nr. 13, 30. März 1978, S. 14.
- BOOK, Heinz: Leasing in der Bundesrepublik Deutschland, in: Leasing-Handbuch, hg. von K.F. Hagenmüller (3. A. Frankfurt a.M. 1973) S. 65 ff.
- BORGS, Lothar: Für und wider das Leasingverfahren, in: Unsere Wirtschaft, 35 Jhg., Heft 3, (Düsseldorf 1964) S. 82 ff.
- BORGGRAEFE, Joachim: Die Zwangsvollstreckung in bewegliches Leasinggut (Diss Berlin 1976).
- BÜCHI, Ralph: «Spatz in der Hand», in: SHZ Nr. 47, 19. November 1981, S. 68.
- VON BÜREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964).
- BRUMANN, Hansjürg: Das Leasinggeschäft heute. Seine Besteuerung in der Schweiz und in anderen Industriestaaten – Zivilrechtliche, betriebswirtschaftliche und buchhaltungstechnische Aspekte (Diss Bern 1978).
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, (Zürich 1979).
- VON CAEMMERER, E.: Das Problem des Drittschadenersatzes, in ZBJV 100 1964 341 ff.
- EBENROTH, Carsten Thomas: Der Finanzierungs-Leasingvertrag als Rechtsgeschäft zwischen Miete und Kauf, in: JuS 1978, S. 588 ff.
- FLINK, Wolfgang: Leasing – Praxishandbuch für Rentabilitätsvergleiche (Kissing 1982).
- FLUME, Werner: Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (Düsseldorf 1972).
- FOHLMEISTER: Immobilien-Leasing, in: Leasinghandbuch für die betriebliche Praxis, hg. von K.F. Hagenmüller und G. Stoppok (4. A. Frankfurt a.M. 1981).
- FORSTMOSER, Peter: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis (Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd. 5, Zürich 1982).
- FRIEDLÄNDER, Gaston: Leitfaden für das Leasing-Geschäft (Zürich/Stuttgart 1964).
- GAUTSCHI, Georg: Berner Kommentar. Der Werkvertrag (2. A. Bern 1967); Der einfache Auftrag (3. A. Bern 1971); Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Maklervertrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag

- (Bern 1964); Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung (Bern 1962).
- GIGER (1), Hans: Systematische Darstellung des Abzahlungsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Fernkurs-, Unterrichts-, Mietkauf- und Leasingvertrages. Ein Beitrag zur rechtssoziologischen Grundlagenforschung (Zürich 1972).
- GIGER (2), Hans: Der Leasingvertrag, Systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Finanzierungsleasing (Bern 1977).
- GIGER (3), Hans: Berner Kommentar. Kauf und Tausch – Die Schenkung; Lieferung 2; Art. 189–210 OR (Bern 1973).
- GIOVANOLI (1), Mario: Le crédit-bail (Leasing) en europe: développement et nature juridique (Paris 1980).
- GIOVANOLI (2), Mario: Le contrat de leasing et le droit suisse, in: Journal des Tribunaux (Lausanne 1981) S. 34–59.
- GIOVANOLI (3), Mario: Der Leasingvertrag nach schweizerischem Privatrecht. Diskussionsreferat in: Probleme der Kreditsicherung (Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern 1982) S. 172–180.
- GIOVANOLI (4), Mario: Das Finanzierungsleasing als Vertrag sui generis. Unveröffentlichter Vortrag am ZfU Seminar: «Leasing für Juristen», Zürich, 6. Dezember 1982.
- GIOVANOLI (5), Mario: Leasing, in SJK 363 (Genf 1984).
- GIOVANOLI (6), Mario: La jurisprudence suisse en matière de leasing, in: Le leasing industriel, commercial et immobilier. Travaux de la Journée d'étude de la Faculté de droit de L'Université de Lausanne du 8 mars 1985 (Lausanne 1985).
- GUHL/MERZ/KUMMER: Das Schweizerische Obligationenrecht (7. A. Zürich 1980).
- GULDIMANN/HATT: Vorschläge zur Förderung des Stockwerkeigentums im Rahmen der Bundesgesetzgebung zur Normalisierung des Wohnungsmarktes (Expertenbericht, Basel und Zürich 1970).
- HAAB, Robert: Zürcher Kommentar. Sachenrecht (2. A. Zürich 1929–1937); Lieferungen 1–6 (S. 1–576).
- HAGENMÜLLER (1), Karl Friedrich: Begriff und Wesen des Leasing, in: Leasing – hat Leasing auch im Handel Zukunft? (bern 1966) S. 9 ff.
- HAGENMÜLLER (2), Karl Friedrich: Leasing-Handbuch (3. A. Frankfurt a.M. 1973).
- HANISCH, Hans: Finanzierungsleasing und Konkurs. Diskussionsreferat in: Probleme der Kreditsicherung (Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern 1982) S. 180–189.
- HAUSHEER, Heinz: Finanzierungs-Leasing beweglicher Investitionsgüter, in: ZBJV 106 1970 S. 209 ff.
- HAUSMANN, Rainer: Die schnelle Verbreitung des Leasing rund um den Globus setzt sich fort, in: Handelsblatt vom 21. Mai 1981 S. 23.
- HAVERMANN, Hans: Leasing – Eine betriebswirtschaftliche, handelsrechtliche und steuerrechtliche Untersuchung (Düsseldorf 1965).

- HENGGELE, Anton: Nachzügler im Wachstum, in: SHZ Nr. 11, 17. März 1983 S. 47.
- HERBER, Carl Leo: Leasing. Zur zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Problematik im deutschen Recht (Diss Zürich 1971).
- HOMBERGER, A.: Zürcher Kommentar. Besitz und Grundbuch (2. A. Zürich 1938).
- ITEN, Andres: Der Leasingvertrag in der Büromaschinenbranche (Diss Zürich 1984).
- JANS, Thomas: Leasing als Instrument der Investitionsfinanzierung in der Industrie und im Gewerbe der Schweiz (Diss Zürich 1976).
- JEANPRÊTRE, Raymond: L'article 226m CO: Le champ d'application des dispositions sur la vent par acomptes: état de la jurisprudence, in SJZ 1978, S. 269-275.
- KRAUSE, Dieter: Die zivilrechtlichen Grundlagen des Leasing-Verfahrens (Diss Köln 1967).
- LIENHARD, Ernst: Finanzierungs-Leasing als Bankgeschäft (Diss Bern 1976).
- LITTMANN, E.: Leasing in der Steuerbilanz. Eine Betrachtung zum Urteil des BFH vom 26. Januar 1970 IV R 144/66, in: DStR 1970, S. 269.
- LÜEM, Walter: Typologie der Leasingverträge, in: Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, hg. von Ernst A. Kramer (Bern und Stuttgart 1985) S. 43-60.
- LÜSSI, Paul: Das Leasing-Geschäft (Diss Zürich 1966).
- LWOWSKI, Hans-Jürgen: Erwerbsersatz durch Nutzungsverträge. Eine Studie zum Leasing (Diss Hamburg 1967).
- MASSHARDT, Heinz: Kommentar zur direkten Bundessteuer 1983-1994. Ergänzungsband zum Wehrsteuerkommentar 1980 (Zürich 1982).
- MEDICUS, D.: Bürgerliches Recht (8. A. Köln/Berlin/Bonn/München 1978).
- MEIER, Walter: Leasing - Geschäft zwischen Miete und Kredit, in: NZZ Nr. 169, 24./25. Juli 1982, S. 30.
- MESSINEO, Francesco: Dottrina generale del contratto (3. ed. Milano 1952).
- MEIER-HAYOZ (1), Arthur: Gesetzlich nicht geregelte Verträge, in SJK 1134/1135 (Genf 1965).
- MEIER-HAYOZ (2), Arthur: Berner Kommentar. Das Sachenrecht. Das Eigentum; Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen (5. A. Bern 1981); Grundeigentum I (3. A. Bern 1964); unveränderter Nachdruck mit Supplement 1974; Grundeigentum II (3. A. Bern 1975).
- OFTINGER, Karl: Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge, SJZ 36 (1939/40), S. 229 ff.
- OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I (4. A. Zürich 1975).
- OSER/SCHÖNENBERGER: Zürcher Kommentar. Obligationenrecht. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Halbband (2. A. Zürich 1936).
- OTT, Walter: Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme, in ZBGR 1978, S. 257 ff.
- PETER, Fritz: Leasing setzt sich auch in der Schweiz langsam durch, in Tages-Anzeiger Nr. 150, 30. Juni 1967, S. 9.
- PIOTET, Paul: Dienstbarkeiten und Grundlasten, in SPR Bd. V/1, hg. von A. Meier-Hayoz (Basel 1977).

- VON PLOETZ, Hans Friedrich: Der Leasingvertrag. Wesen und Inhalt von Leasingverträgen (Wiesbaden 1968).
- RAISSIG/SCHWANDER: Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, hg. vom Schweizerischen Hauseigentümerverband (4. A. Zürich 1984).
- REICH, Norbert: Leasing, in: Vertragsschuldverhältnisse, Reihe Zivilrecht, Bd. 3 S. 50–98 (München 1974).
- RINDERKNECHT, Thomas: Leasing von Mobilien. Schuld-, eigentums- und sicherungsrechtliche Analyse (Diss Zürich 1984).
- REY, Heinz: Berner Kommentar. Sachenrecht. Dienstbarkeiten und Grundlasten, Lieferung 1: Systematischer Teil und Art. 730/31 (2. A. Bern 1981).
- RUNGE, B.: Immobilien-Leasing anders?, in DB 1972, Beilage Nr. 9 zu Heft 29, S. 12 ff.
- RUNGE/BREMSE/ZOELLER: Leasing. Betriebswirtschaftliche, handels- und steuerrechtliche Grundlagen (Heidelberg 1978).
- SCHLUEP (1), Walter: Innominatverträge, in SPR VII/2, hg. von Vischer (Basel 1979).
- SCHLUEP (2), Walter: Leasing-Generalbericht, in: Leasingverträge im Handelsverkehr (Frankfurt a.M. 1980) S. 103–116.
- SCHMID, Emil: Zürcher Kommentar. Miete, Pacht, Leihe; 1. Lieferung (3. A. Zürich 1974), 2. Lieferung (3. A. Zürich 1977).
- SCHUBIGER, August: Der Leasing-Vertrag nach schweizerischem Privatrecht (Diss St. Gallen 1970).
- SCHUEPBACH, Henri Robert: Le leasing immobilier, in ZBGR 1983, S. 193–223.
- SONNENBERGER, Hans-Jürgen: Leasing-Generalbericht, in: Leasingverträge im Handelsverkehr (Frankfurt a.M. 1980) S. 9–58.
- SPITTLER, Hans Joachim: Leasing. Die neuesten Erkenntnisse über den eigentumslosen Gebrauch von Wirtschaftsgütern aus steuerrechtlicher, betriebswirtschaftlicher und handelsrechtlicher Sicht (1. A. Kissing 1977).
- STAUDER, Bernd: Le contrat de «finance-equipment-leasing», in: Mémoires publiés par la Faculté de droit de l'Université de Genève, Nr. 30 S. 1 ff. (Genf 1970).
- STAUDINGER-EMMERICH: Kommentar zum BGB, zweites Buch, (12. A. Berlin 1981).
- STOFER, Helmut: Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag (2. A. Basel 1972).
- VON THUR/ESCHER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II (3. A. Zürich 1974).
- VON THUR/PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, (3. A. Zürich 1979).
- VON WESTPHALEN, Friedrich: Der Leasingvertrag (2. A. Köln 1984).
- VISSER, Hermann-Ulrich: Finanzierungs- und Kostenprobleme des Leasing von Investitionsgütern aus der Sicht des Leasingnehmers (Diss Freiburg i.Br. 1966).
- WIELAND, Helmut: Bilanzierung von Immobilienleasing beim Leasingnehmer und Leasinggeber nach Handels- und Steuerrecht (Diss München 1976).

Erster Teil

Die Grundlagen zur Behandlung der Rechtsverhältnisse beim Immobilienleasing

§ 1 Terminologisches

Das Wort «Leasing» entstammt dem angloamerikanischen Sprachraum, wo es vom Verb «to lease», was auf deutsch übersetzt mieten/pachten bzw. vermieten/verpachten bedeutet, abgeleitet wurde¹.

Das Substantiv «lease» kann auf deutsch mit Miete/Pacht bzw. Miet-/Pachtvertrag und Vermietung/Verpachtung übersetzt werden².

Mit dem Wort Leasing in der heutigen Wirtschaftssprache will jedoch mehr als dessen ursprüngliche Bedeutung zum Ausdruck gebracht werden. «Leasing» stellt heute einen Sammelbegriff für besondere, neuartige Vertriebsformen dar³, wie sie seit dem 2. Weltkrieg in den USA entwickelt worden sind, und bedeutet nicht einen bestimmten Vertragstypus, sondern die Vielfalt einer wirtschaftlichen Neuschöpfung, einer wirtschaftlichen Realität⁴. Als terminus technicus wurde der Ausdruck «Leasing» in die meisten europäischen Sprachen übernommen.

Entsprechend der uneinheitlichen Verwendung des Wortes «Leasing» werden die an dem damit bezeichneten Geschäft Beteiligten uneinheitlich benannt. FRIEDLÄNDER⁵ nennt sie «Verleaser» und «Leaser», LÜSSI⁶ übersetzt direkt mit «Vermieter» und «Mieter», während GIGER⁷ mit dem Hinweis darauf, dass Leasing in direkter Form, d.h. als Zweiparteiensystem, wie auch in indirekter Form, d.h. als Dreiparteiensystem, vorkommt, eine entsprechend differenziertere Bezeichnung der am Leasinggeschäft Beteiligten mit Leasinggesellschaft, Leasinggeber und Leasingnehmer postuliert. SCHLUEP⁸ schliesslich konzentriert die Bezeichnung der am Leasinggeschäft Beteiligten in Ablehnung der von Giger verlangten und in Anlehnung an die von BRUMANN⁹ vertretene Terminologie auf Leasinggeber und Lasingnehmer. Diese Bezeichnung wird in der vorliegenden Arbeit übernommen.

¹ SCHUBIGER 1 ff.; FLINK, Teil 4 Kapitel 2/1; GIOVANOLI (1) 57 ff.; RINDERKNECHT 1.

² SCHUBIGER 1; Dietl: Wörterbuch der Wirtschafts-, Rechts- und Handelssprache, Bd. I (Hamburg 1971).

³ LÜSSI 1; SCHUBIGER 1; BRUMANN 7.

⁴ HAGENMÜLLER 10 f.

⁵ FRIEDLÄNDER 15.

⁶ LÜSSI 9 ff.

⁷ GIGER (2) 29.

⁸ SCHLUEP (1) 823.

¹⁰ BRUMANN 14.

1. Kapitel: Faktische Grundlagen

§ 2 Wirtschaftliche Bestimmung des Leasing

I. Der Leasingbegriff im allgemeinen

Der Begriff «Leasing» findet heute Verwendung für eine Vielzahl von neuartigen Vertriebsformen¹, über deren Wesensinhalt und Angrenzung jedoch noch keine Klarheit besteht². Einzelne Autoren fassen den Begriff «Leasing» weit, andere schränken ihn ein. Dies lässt sich primär damit erklären, dass in Amerika, woher der Begriff «Leasing» stammt, mit dem Wort «Leasing» nicht nur diese neuartigen Vertriebsformen selbst, wie dies vorallem in Deutschland und in der Schweiz geschieht³, sondern auch die herkömmlichen Miet- und Pachtgeschäfte bezeichnet werden; der ursprüngliche Anwendungsbereich des Wortes «Leasing» wurde dort auf die neuartige Vertriebsform ausgedehnt. Sodann ist festzustellen, dass heute im deutschen Sprachraum aus werbetechnischen Gründen mit dem Wort «Leasing» oft auch Geschäfte angepriesen werden, welche in ihren Merkmalen den Miet- und Pachtgeschäften weitgehend, wenn nicht gar gänzlich entsprechen⁴.

Obwohl nach wie vor keine gefestigte Ansicht bezüglich des Leasing, sei es in wirtschaftlicher oder rein juristischer Hinsicht, besteht, lehnen es viele Autoren ab, alles dem Begriff Leasing zuzuordnen, was mit dem Namen «Leasing» bezeichnet wird; vielmehr gliedern sie im Bestreben, dass die Anwendung des Leasingbegriffes auf jene Tatbestände beschränkt wird, die sich vom herkömmlichen Miet- und Pachtgeschäft unterscheiden, die Leasinggeschäfte nach dem Kriterium echtes bzw. unechtes Leasing⁵.

Wird unter echtem Leasing die neuartige, sich von der herkömmlichen Pacht und Miete unterscheidenden Vertriebsform, deren Begriff und Umfang noch zu umreißen sind, verstanden, so können mit unechtem Leasing all jene Geschäfte bezeichnet werden, welche, wie vor allem in Amerika, neben dem echten Leasing auch unter dem Namen Leasing getätigt werden⁶.

¹ FLUME 1: «Die schillernde Natur des Leasingbegriffes und die Vielzahl der Leasingbegriffe müssen hervorgehoben werden.»

² BRUMANN 7.

³ BOOK 65 ff.

⁴ GIGER (2) 10; RINDERKNECHT 1.

⁵ BORGS 83; HAVERMANN 60; VISSER 22 f.; PETER 9; SCHUBIGER 7; FLUME 7 und 9.

⁶ SCHUBIGER 6.

II. Der wirtschaftliche Leasingbegriff

Angesichts der Tatsache, dass sich bis heute noch keine allgemeine Begriffsbestimmung für das Leasing aus der Vielfalt der Meinungen herauskristallisieren konnte⁷, erstaunt es wenig, dass sich bis heute auch noch keine herrschende Meinung über den wirtschaftlichen Begriff des Leasing gebildet hat. Oft wird er mit der «schillernden Natur des Kapitalbegriffes in der Nationalökonomie»⁸ verglichen. Bisweilen wird das Leasing auch als Geschäft zwischen der Miete und dem Kredit angesiedelt unter gleichzeitiger Betonung, dass es sich dabei «fernab von den zum Teil immer noch kontroversen juristischen Fragen vorallem um eine wirtschaftliche Realität»⁹ handle, welche Elemente der Finanzierung und Investition vereinigt¹⁰.

Von den verschiedenen Versuchen einer wirtschaftlichen Begriffsumschreibung des Leasing, welche einige Autoren unternommen haben, scheinen mir jene von Schluep und Lwowski, welche sich in der Methode zwar wohl unterscheiden, in der Aussage jedoch ergänzen, am zutreffendsten. SCHLUEP¹¹, dessen Begriffsumschreibung dem Leasing im echten Sinne gilt, hält fest, dass sich die unter der Bezeichnung «Leasing» abgeschlossenen Verträge «trotz mannigfacher individueller Abweichungen» auf ein verhältnismässig einfaches Grundschema zurückzuführen lassen, «indem jeweiligen eine Partei auf fest bestimmte Zeit hin der anderen ein wirtschaftliches Gut zum freien Brauchen und Nutzen (aber nicht zum unbeschwerten Haben) unter Überbindung des vollen Erhaltungsrisikos überlässt gegen ein in Teilraten erbrachtes Entgelt, deren Kapitalisierung einen Betrag ergibt, der dem auf Vertragsende verzinsten Verkehrswert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entspricht.» Jedoch relativiert er sodann gleich wieder dieses Schema, indem er auf die Variationsmöglichkeiten desselben bezüglich der Stellung des Leasinggebers, des Umfangs der übernommenen Unterhaltspflichtigen bzw. Erhaltungsrisiken durch die Parteien, der Vertragsdauer, des Schicksals des Vertragsgegenstandes nach Beendigung des Vertrages und des Umfangs der während der Vertragszeit geleisteten Amortisationen hinweist.

LWOWSKI¹² seinerseits schliesst die Variationsmöglichkeiten des von Schluep festgehaltenen Grundschemas in seiner Begriffsumschreibung sogleich mit ein, indem er als Leasing in einem sehr weitgefassten Sinne jedes Geschäft gelten lässt, «das die Gewährung eines Rechtes auf Gebrauch oder Nutzung einer unbeweglichen oder beweglichen Sache unter Übertragung des Besitzes für bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen periodisch zu entrichtendes Entgelt allein oder in Verbindung mit zusätzlichen Vereinbarungen zum Gegenstand hat.»

⁷ BENNER 2; KRAUSE 2 ff. besonders 3: «Von einer herrschenden Meinung kann jedenfalls nicht die Rede sein, der Prozess der Begriffsbildung ist noch nicht abgeschlossen.»; SCHUBIGER 6; HERBER 21 ff.; GIGER (2) 20: «Über den Leasingbegriff besteht zur Zeit noch keine festgefügte Ansicht.»

⁸ Vgl. GIGER (2) 20, dort zitiert BENNER 2.

⁹ MEIER 30.

¹⁰ GIGER (2) 11.

¹¹ SCHLUEP (1) 819.

¹² LWOWSKI 50.

§ 3 Erscheinungsformen des Leasing

Um die zahlreichen Leasingarten, welche sich aus dem Grundschemata entwickelt haben und sich gegenseitig vielfach auch überschneiden, übersichtlich ordnen zu können, hat LÜSSI¹ in Anlehnung an deutsche und amerikanische Vorbilder einen Katalog von Gliederungskriterien aufgestellt, welcher von der schweizerischen Literatur weitgehend übernommen worden ist².

Anhand drei der von LÜSSI, wenn auch in anderer Reihenfolge, aufgestellten Unterscheidungskriterien seien im Hinblick auf die Darstellung des Immobilienleasing die wichtigsten Erscheinungsformen des Leasing kurz erörtert.

I. Das Kriterium der Stellung des Leasinggebers

A) Das unmittelbare Leasing

Beim unmittelbaren Leasing ist der Leasinggeber Händler oder Produzent des Leasingobjektes. Als Händler oder Produzent verkauft er nicht nur seine Güter, sondern er überlässt diese auch zum Gebrauch gegen periodisch zu entrichtendes Entgelt. Es entstehen hierbei nur Rechtsbeziehungen zwischen Produzent oder Händler einerseits und Leasingnehmer andererseits³.

Das unmittelbare Leasing eignet sich besonders für Güter mit begrenztem Finanzierungsrisiko für den Produzenten oder Händler als Leasinggeber, ist doch dieser nicht in erster Linie auf die Finanzierung des Gebrauchs seiner Güter, sondern vor allem auf deren Produktion und Vertrieb, allenfalls mit einem besonderen Dienstleistungspaket für Service und Wartung des Objektes verbunden, spezialisiert. Konsumgüter, welche sich durch ihre Verwendungsmöglichkeit vor allem im privaten Bereich auszeichnen, und damit, im Gegensatz zu den kostenintensiveren Investitionsgütern des betrieblichen Bereiches, das Risiko des finanziellen Engagements beim Leasinggeber in Grenzen halten, eignen sich daher besonders als Objekt des unmittelbaren Leasing.

¹ LÜSSI 9 ff.

² SCHUBIGER 8 ff.; GIGER (2) 15; BRUMANN 9.

³ SCHUBIGER 9.

Die Meinungen darüber, ob direktes Leasing dem Leasingbegriff subsumiert werden könne, sind in der deutschen wie in der schweizerischen Literatur kontrovers. Dies ist auf die unterschiedliche Begriffsbestimmung des Leasing zurückzuführen. So darf nach GIGER⁴ von Leasing nur gesprochen werden, wenn nicht eine bloss zweiseitige Abrede, sondern ein ganzes Vertragssystem gegeben ist, an welchem nicht nur Händler bzw. Produzenten und Leasingnehmer, sondern ein zwischen die beiden noch hinzutretender Vermittler beteiligt sind. HAVERMANN⁵ betrachtet diese Begriffsumschreibung als «ungerechtfertigte Einschränkung», bedeutet für ihn doch Leasing «ein in die juristische Form von Miet- und Pachtverträgen gekleidetes, teilfinanzierungsähnliches Geschäft.» Auch gegenüber der von Schluep aufgestellten Begriffsumschreibung, welche lediglich die Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung von Gütern gegen periodisch als Amortisation zu entrichtendes Entgelt als Wesensmerkmale für das Leasing betrachtet, stellt das von Giger als Bedingung für das Vorliegen eines Leasinggeschäftes erklärte Dreiparteiensystem eine nicht notwendige Einschränkung dar.

Eine Subsumierung des direkten Leasing unter den von Schluep umschriebenen und hier als gültig erachteten Leasingbegriff ist deshalb zulässig. Das direkte Leasing ist denn auch innerhalb aller Erscheinungsformen des Leasing anzutreffen. Die einzige Ausnahme, welche an dieser Stelle besondere Erwähnung verdient, ist das Immobilienleasing. Direktes Leasing in diesem Bereich ist äusserst selten anzutreffen.

Das unmittelbare Leasing ist zudem die älteste Leasingart. Nachdem bereits im Jahre 1877 die Bell Telephon Company dazu überging, ihre Anlagen nicht zu verkaufen, sondern zu vermieten⁷, begann 1896 die Firma «Schuhindustrie, Import amerikanischer Maschinen AG» als Tochtergesellschaft der «United Shoe Machinery Corporation, Boston», ihre Erzeugnisse konsequent auf der Leasingbasis anzubieten⁸.

B) Das mittelbare Leasing

Beim mittelbaren, auch indirektes oder Dreiparteien-Leasing genannt, sind drei Partner: der Leasingnehmer, der auf die Finanzierung der Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung spezialisierte Leasinggeber (zumeist handelt es sich dabei um eine Finanzierungsgesellschaft, seltener um Einzelpersonen) sowie ein Dritter – entweder Händler oder Produzent des Leasingobjektes – mitbeteiligt. Der Händler/Produzent selbst überlässt dem Leasingnehmer, nachdem dieser seine Wahl bezüglich des Leasingobjektes getroffen hat, dieses nicht zum Gebrauch gegen ein periodisch zu entrich-

⁴ GIGER (1) 150; (2) 20.

⁵ HAVERMANN 58.

⁶ SCHLUEP (1) 819.

⁷ WIELAND 9.

⁸ JANS 27.

tendes Entgelt, sondern verkauft es dem Leasinggeber. Der Leasinggeber, seinerseits nun Eigentümer des Leasingobjektes, überlässt dieses dem Leasingnehmer zum Gebrauch aufgrund des mit diesem abgeschlossenen Leasingvertrages.

II. Das Kriterium der Dauer bzw. der Kündbarkeit

Wichtigstes Kriterium für die Gliederung der verschiedenen Leasingformen nach objektiven Gesichtspunkten ist der Dauercharakter des abgeschlossenen Leasingvertrages⁹, entscheidet sich doch danach, ob Finanzierungsleasing oder Operatingleasing, welches dem Tatbestand der herkömmlichen kurzfristigen und kündbaren Miete entspricht, vorliegt.

Die vorrangige Bedeutung dieses Unterscheidungsmerkmals ist damit zu erklären, dass mit der Dauer sehr eng zwei weitere Elemente, nämlich jene der Kündbarkeit¹⁰ und der Höhe aller zu leistenden Leasingraten während der Vertragsgrundlaufzeit, verbunden sind. Einerseits ist bezüglich des Dauercharakters eines Leasingvertrages, d.h. seiner Qualifikation als Operating- oder Finanzierungsleasing, danach zu entscheiden, ob er kündbar sei oder nicht. Trifft letzteres zu, so handelt es sich um einen Leasingvertrag mit Dauercharakter. Andererseits kann die unkündbare Dauer unterschiedlich bemessen sein, je nach dem, ob innerhalb derselben die Summe der zu leistenden Leasingraten die Investitionskosten inklusive Nebenkosten für das Leasingobjekt plus die angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals in einem bestimmten Umfang, d.h. gänzlich oder zumindest zu einem Teil davon erreichen muss¹¹, wie dies beim Finanzierungsleasing der Fall ist, oder ob unabhängig davon der Vertrag auf kurze Zeit von mehreren Monaten bis zu einem Jahr unkündbar abgeschlossen worden ist.

A) Das Finanzierungsleasing

Finanzierungsleasing ist die mittel- bis langfristige, jedoch festbemessene entgeltliche Gebrauchsüberlassung von mobilen bzw. immobilis Investitionsgütern durch den Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer¹².

⁹ SCHUBIGER 14.

¹⁰ VISSER 21 ff.; WIELAND 2.

¹¹ SONNENBERGER 16.

¹² LÜSSI 12 f.; SCHUBIGER 7, 15, 28 f., 33 f.; LIENHARD 19; RUNGE/BREMSER/ZOELLER 29.

Die Leasingobjekte werden vom Leasinggeber auf Veranlassung des Leasingnehmers von einem Dritten erworben oder in den selteneren Fällen vom Leasinggeber selber hergestellt. Die Leasingraten sind so bemessen, dass nach Ablauf der festbemessenen Dauer der Gebrauchsüberlassung, auch Grundmietzeit oder Grundvertragsdauer genannt, die dem Leasinggeber entstandenen Anschaffungs- oder Herstellungskosten nebst den Nebenkosten voll oder zu einem bestimmten Teil abgedeckt sind und ihm eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals und ein Gewinnzuschlag garantiert wird¹³.

Damit kann das Finanzierungsleasing als ein für langfristige Vorhaben geeignetes Instrument der Unternehmensfinanzierung bezeichnet werden. Bis vor kurzer Zeit wurde regelmässig sowohl in der Schweiz¹⁴ als auch in Deutschland die These vertreten, die Dauer des abgeschlossenen Finanzierungsleasingvertrages bemesse sich nach der Zeit, innerhalb welcher die vom Leasingnehmer zu leistenden Leasingraten die Höhe der Anschaffungskosten sowie der Nebenkosten einschliesslich der Finanzierungskosten gänzlich oder beinahe, d.h. mindestens 85 bis 90 Prozent des Anschaffungswertes¹⁵, erreichen würden.

Die Bedeutung des Verhältnisses zwischen der Summe der zu leistenden Leasingraten und dem Umfang der Kosten des Leasinggegenstandes für die Bemessung der Vertragsdauer ist jedoch in den letzten Jahren relativiert worden, indem in der Praxis auch Verträge für solch teure und kostenintensive Objekte, wie zum Beispiel im Bereich des Büromaschinenleasing, abgeschlossen worden sind, deren gänzliche Amortisation durch einen einzelnen Leasingnehmer nicht mehr geleistet wird oder geleistet werden kann; vielmehr werden hierbei Amortisationen bloss in Höhe der steuerlich zulässigen Abschreibungen¹⁶ bis zu einem bestimmten Restwert geleistet. So hat sich neben dem Full-pay-out-Leasing das sogenannte Non-full-pay-out-Leasing als zweite Vertragsgeneration innerhalb des Finanzierungsleasing¹⁷ entwickelt, welches im Bereich des Finanzierungsleasing von Mobilien bei 10 Prozent aller Geschäfte, im Bereich des Immobilienleasing jedoch regelmässig angewendet wird. Beide Varianten gehen von der Idee des «pay as you earn» aus, wonach die Leasingraten, welche zum grössten Teil Amortisationszahlungen zum Inhalt haben, vom Leasingnehmer laufend aus dem mit dem Leasingobjekt erwirtschafteten Gewinn geleistet werden¹⁸; sie unterscheiden sich lediglich im anteilmässigen Umfang der zu amortisierenden Investitionskosten.

Die Fristigkeit der vereinbarten Vertragsdauer, bei Mobilien 3 bis 10, bei Immobilien 10 bis 30 Jahre, bezieht sich ihrerseits auf das Verhältnis der vertraglich vereinbarten Gebrauchsüberlassung zur betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des

¹³ LIENHARD 19; vgl. Leasing-Urteil des Bundesfinanzhofes IV R 144/66 vom 26. Januar 1970. Slg. Bd. 97, S. 466 f.

¹⁴ SCHUBIGER 7; GIGER (2) 22.

¹⁵ SCHUBIGER 14.

¹⁶ SONNENBERGER 16, vgl. auch ITEN 8 f.

¹⁷ SPITTLER 23.

¹⁸ LÜEM 54.

Leasingobjektes¹⁹. In diesem Zusammenhang ist sodann ebenso darauf hinzuweisen, dass die einstmals herrschende Meinung, Gegenstand des Finanzierungsleasing sei immer nur neuwertiges Gut²⁰, in dieser Form heute überholt ist. Diese Meinung trifft heute nur noch für das Full-pay-out-Leasing zu, bei welchem der Leasinggegenstand nach Ablauf der Grundvertragszeit entweder entsprechend besonderer nachträglicher Abrede beim Leasingnehmer als Mietobjekt bleibt oder, was die Regel ist, an den Leasinggeber zurückgeht und von diesem auf dem Secondhand-Markt verkauft wird²¹.

Beim Non-full-pay-out-Leasing jedoch ist der Leasinggeber daran interessiert, nach Ablauf der Grundvertragszeit die noch nicht amortisierten Kosten des Leasingobjektes mittels eines Anschlussleasinggeschäftes mit dem ersten Leasingnehmer oder mittels eines neuen Leasinggeschäftes mit einem neuen Leasingnehmer einbringen zu können.

Schliesslich sind noch zwei weitere Wesensmerkmale des Finanzierungsleasing: die nicht zuletzt aus dem Dauercharakter des Leasingvertrages resultierende Verteilung der Risikotragung bezüglich des Leasingobjektes zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer sowie die Verfallklausel bei Zahlungsverzug des Leasingnehmers, zu erwähnen. Im Leasingurteil des deutschen Bundesfinanzhofes vom 26. Januar 1970²² wird festgehalten, dass die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung des Leasinggutes meistens auf den Leasingnehmer überwälzt werde, mithin er das Investitionsrisiko trage, und dass aufgrund der üblichen Verfallklausel bei Zahlungsverzug des Leasingnehmers alle zukünftigen Leasingzahlungen der festen Vertragszeit fällig werden. Diese Feststellung gilt nicht vorbehaltlos für die schweizerischen Verhältnisse; vielmehr wird von der Mehrheit der sich zum Leasing äussernden schweizerischen Autoren eine differenziertere Risikoverteilung postuliert, indem die Gefahrtragung für zufälligen Untergang des Leasingobjektes nicht aufgrund einer Zustimmung zu den AGB des Leasingvertrages durch Globalerklärung, sondern bloss bei Vollerklärung durch den Leasingnehmer auf diesen überwälzt werden kann²³. Das Investitionsrisiko hingegen, d.h. die Gefahrtragung bei vorzeitigem Veralten von Anlagen, trägt auch hiezulande der Leasingnehmer.

Die Übernahme des Untergangsrisikos, also des typischen Eigentümerrisikos²⁴, durch den Leasingnehmer, allerdings nur bei Vollerklärung, lässt sich allenfalls damit begründen, dass das Leasingobjekt auf eine festbestimmte, unter Umständen langfristige Dauer dem tatsächlichen Herrschaftsbereich und der Einflussphäre des Leasinggebers entzogen bleibt, während die Überwälzung des Investitionsrisikos auf den Leasingnehmer sich als Gegenstück zur Unkündbarkeit während der

¹⁹ WIELAND 5.

²⁰ Vgl. SCHUBIGER 8.

²¹ SONNENBERGER 19.

²² BFH v. 26. Januar 1970 IV R 144/66 Bd. 97 Seite 466 f.

²³ SCHLUEP (1) 825; GIGER (2) 100 ff., 103; a.M. SCHUBIGER 163, jedoch ohne Begründung.

²⁴ LIENHARD 22; GIGER (2) 100.

vereinbarten Vertragsdauer und der Freisprechung des Leasingnehmers von der Erhaltungsgewähr²⁵ rechtfertigen lässt.

Schliesslich ist die vom Deutschen Bundesfinanzhof erwähnte Verfallklausel bei Zahlungsverzug des Leasingnehmers auch in der Schweiz Wesensmerkmal für das Finanzierungsleasing, d.h. dass auch hier im Verzugsfalle des Leasingnehmers «alle zukünftigen Leasingzahlungen der festen Vertragszeit fällig werden und der Leasinggeber» – als Eigentümer – «überdies den Leasinggegenstand wieder an sich ziehen kann.»²⁶

Eingedenk der Vielgestaltigkeit und Komplexität des Finanzierungsleasing soll dessen Abgrenzung gegenüber anderen Leasingarten, wie folgt, als Versuch einer Begriffsumschreibung dienen: Finanzierungsleasing ist mittel- bis langfristige Überlassung zum Gebrauch von Mobilien oder Immobilien gegen periodisch zu entrichtendes Entgelt. Bei vertragsgemässer Erfüllung steht den Parteien ein Kündigungsrecht nicht zu²⁷.

B) Das Operatingleasing

Das Operatingleasing stellt bezüglich dessen Dauer als auch bezüglich des Charakters der zu leistenden Leasingraten das Gegenstück zum Finanzierungsleasing dar. Der Operatingleasingvertrag wird auf eine Dauer von wenigen Monaten bis zu drei Jahren abgeschlossen und kann von beiden Parteien unter Wahrung einer vereinbarten kurzen Frist jederzeit gekündigt werden. Abweichungen in Form eines unkündbaren Vertrages zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer sind zwar möglich, die Zuordnung zum Operatingleasing bleibt, jedoch solange mit den Leasingraten nicht die Anschaffungs- oder Herstellungskosten amortisiert bzw. die Nebenkosten zurückbezahlt werden, sondern lediglich der Gebrauchswert des Leasinggegenstandes bezahlt wird. Im Gegensatz zum Finanzierungsleasing handelt es sich beim Operatingleasing um eine vom Leasinggeber gewählte Investitionsform. Dieser muss denn auch die mit dem Kauf des Leasingobjektes verbundenen Risiken, wie dasjenige der Investition sowie jenes der Sacherhaltung, selbst tragen²⁸. Es ist denn auch für das Operatingleasing charakteristisch, dass das Leasingobjekt nach Ablauf der Vertragsdauer in der Regel vom Leasinggeber weiter vermietet wird.

Auch erstaunt es wenig, dass das Operatingleasing vor allem als Herstellerleasing, also als direktes Leasing anzutreffen ist²⁹. Obwohl sich das Operating-

²⁵ SCHLUEP (1) 826; vgl. insbesondere dazu Art. 271 OR.

²⁶ BRUMANN 13.

²⁷ Vgl. hiezu die Leasingdefinition der Leaseurope in: Deklaration von Sevilla, Oktober 1983, 13.

²⁸ LIENHARD 20, 22.

²⁹ BRUMANN 12; RUNGE/BREMSE/ZOELLER 68.

leasing in seinen Wesensmerkmalen mit jenen der herkömmlichen Miete nach Art. 253 ff. OR weitgehend deckt³⁰, somit unechtes Leasing darstellt, hat sich die besondere Bezeichnung dieser Vertriebsform aufgrund der mit diesem Geschäft verbundenen Dienstleistungen des Leasinggebers in Form eines Serviceleasing durchgesetzt.

III. Das Kriterium des Leasingobjektes

Die in der Praxis entwickelten Leasingformen lassen sich nicht nur unter dem Aspekt der Dauer und Kündbarkeit in Finanzierungs- und Operatingleasing, sondern, da grundsätzlich alle dauerhaften Sachgüter Gegenstand des Leasing sein können, je nach Beschaffenheit und Verwendungsmöglichkeit des einzelnen Objektes, in Mobilienleasing, d.h. Konsumgüter- oder Investitionsgüterleasing, einerseits sowie in Immobilienleasing andererseits gliedern³¹. Ob Operating- oder Finanzierungsleasing vorliegt, muss von Fall zu Fall neu überprüft werden.

A) Das Mobilienleasing

Die Abgrenzung zwischen Konsumgut und Investitionsgut geschieht nicht nach dem Kriterium der Beschaffenheit, sondern nach demjenigen des Verwendungszweckes des einzelnen Gutes³².

1. Das Konsumgüterleasing

Typische Gegenstände des Konsumgüterleasing sind Personenwagen, Fernsehgeräte, Waschmaschinen, Kühlschränke, Schreibmaschinen und andere langlebige Gebrauchsgüter des Alltags³³.

Seit einiger Zeit werden auch Flugzeuge und Yachten auf der Basis des Leasing als Konsumgüter zum Gebrauch überlassen³⁴.

³⁰ SCHUBIGER 172; BRUMANN 7, 17; HAGENMÜLLER/STOPPOK 291.

³¹ JANS 15.

³² SCHLUEP (I) 823 N 17a.

³³ WIELAND 7 f.

³⁴ JANS 15 f.

Das Konsumgüterleasing dient vorwiegend dem privaten und vorübergehenden Gebrauch und wird mehrheitlich in Verbindung mit einem Dienstleistungsleasing als Operatingleasing angeboten, d.h. der Leasinggeber, in der Regel der Händler oder Lieferant des Leasingobjektes selbst, zeichnet auch für Unterhalt und Wartung des Leasingobjektes während der Vertragsdauer verantwortlich.

2. *Das Investitionsgüterleasing*

Das Investitionsgüterleasing ist die in der Schweiz am meisten verbreitete und gebräuchlichste Leasingform. Ob Operatingleasing oder Finanzierungsleasing vorliegt, ist von Fall zu Fall nach den entsprechenden, oben dargestellten Kriterien zu entscheiden³⁵; letzteres herrscht allerdings im Bereich der Investitionsgüter vor. Leasingobjekt beim Investitionsgüterleasing sind die mobilen und immobilien betrieblichen Ausrüstungsgegenstände³⁶. Das Finanzierungsleasing von Investitionsgütern wird deshalb oft auch Equipementleasing genannt. Zu den mobilen Gütern des Equipementleasing gehören Büro- und Produktionsmaschinen sowie allgemeine Einrichtungen, die zu ihrem bestimmungsgemässen Gebrauch nicht an einen festen Ort gebunden sind oder als Zubehör zu einer Immobilie gelten. Fahrnisbauten wie Lagerhallen, Baracken, Silos, Ausstellungshallen oder Autowaschstrassen hingegen sind als an einen bestimmten Standort festgebundene Produktionsgüter dem Equipementleasing zuzuordnen³⁷.

B) Das Immobilienleasing

Gegenstand des Immobilienleasing sind Grundstücke sowie mit Grund und Boden fest verbundene Gebäulichkeiten³⁸ wie Fabrikations- und Lagerhallen, Verwaltungs- und Bürogebäude, Parkhäuser, Warenhäuser, Verbrauchermärkte, Einkaufszentren und Hotels. Auch werden ganze Betriebsanlagen, Raffinerien, chemische und industrielle Fertigungsanlagen auf der Basis des Leasing finanziert. Schliesslich ist in letzter Zeit auch ein Interesse der öffentlichen Hand für das Leasing von Immobilien bei kommunalen Bauten wie Spitälern und Kraftwerken festzustellen³⁹. Grundsätzlich stimmt das Immobilienleasing in seinen Wesensmerkmalen mit dem Investitionsgüterleasing überein, jedoch ergeben sich beim Immobilienleasing aus

³⁵ Vgl. § 3 II.

³⁶ GIGER (2) 17.

³⁷ JANS 18.

³⁸ REICH 83.

³⁹ LÜSSI 11.

dem besonderen Charakter der Immobilie, wie Grund und Boden als grundsätzlich ewige und Gebäulichkeiten als langlebige Wirtschaftsgüter, gewisse Abweichungen. So übersteigt vor allem die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Leasingobjektes beim Immobilienleasing regelmässig die vom einzelnen Leasingnehmer zwischen 10 und 30 Jahren geplante und gewünschte wirtschaftliche Gebrauchsdauer um viele Jahre. Dementsprechend wird dem Immobilienleasing regelmässig ein unkündbarer Teilamortisationsvertrag für eine Dauer von 10 bis 30 Jahren zugrundegelegt, innerhalb welcher es dem Leasingnehmer möglich ist, die Anschaffungskosten des Leasingobjektes bis zur ersten Hypothek zu amortisieren. Mit andern Worten sollte sich nach Ablauf der festen Leasingdauer der Restwert innerhalb der ersten Hypothek, d.h. zwischen 50 und 60 Prozent der Anschaffungskosten bewegen.

IV. Die Sonderform des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens

Ogleich das Sale-and-Lease-Back-Verfahren sowohl im Immobilien- als auch im Mobilienbereich die ursprüngliche Form des Leasing darstellt⁴⁰, kommt ihm heute im Vergleich zum Finanzierungsleasing geringe Bedeutung zu⁴¹.

Als hervorstechendstes Merkmal des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens fällt das diesem zugrundeliegende Zweiparteiensystem auf. Im Unterschied zum Finanzierungsleasing, wo in der Regel der Leasinggeber auf Veranlassung des Leasingnehmers hin das Leasingobjekt von einem Dritten erwirbt oder herstellen lässt und anschliessend dem Leasingnehmer zum Gebrauch überlässt, erwirbt der Leasinggeber das Leasingobjekt beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren vom zukünftigen Leasingnehmer selbst⁴². Das Leasingobjekt bleibt dabei jedoch zum Gebrauch beim Leasingnehmer. Gegenstand des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens bildet somit nicht der Austausch von Sachgütern zum Gebrauch zwischen dem Leasinggeber bzw. einem Dritten und dem Leasingnehmer, sondern das Erbringen einer Geldleistung des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer⁴³.

Die dem Leasing ganz allgemein zugrundeliegende Idee der Liquiditätsschonung des Leasingnehmers wird damit beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren besonders deutlich⁴⁴. Während beim Finanzierungsleasing dem Leasingnehmer der Gebrauch einer Sache mittels Erwerb derselben von einem Dritten durch den Leasinggeber finanziert wird, damit der Leasingnehmer seine eigenen Mittel in entsprechendem Umfang gewinnbringender einsetzen kann, wird beim Sale-and-Lease-Back-Ver-

⁴⁰ Vgl. GIOVANOLI (1) 85 ff.; ders. (2) 54.

⁴¹ Vgl. BODMER 14; RINDERKNECHT 37 ff.

⁴² HAVERMANN 27; RINDERKNECHT 34.

⁴³ Vgl. RINDERKNECHT 104.

⁴⁴ Vgl. HENGGELE 47.

fahren dasselbe Ziel damit erreicht, dass der Leasingnehmer eigene, in Produktionsgütern fest gebundene Mittel dadurch wieder frei machen und gewinnbringender einsetzen kann, indem er die Produktionsgüter selbst dem Leasinggeber wohl veräussert, aber zum Gebrauch weiterhin behalten kann.

Ebenso wie beim Finanzierungsleasing verpflichtet sich der Leasingnehmer beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren zur Rückzahlung der vom Leasinggeber erbrachten Geldleistung an denselben innerhalb einer festbestimmten Zeit aufgrund eines festbestimmten Rückzahlungsplans. Je nach Umfang der vom Leasinggeber erbrachten Geldleistung variiert die Vertragsdauer auch beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien zwischen zehn und dreissig bzw. bei jenem von Mobilien zwischen drei und acht Jahren.

Es verdient, an dieser Stelle daran erinnert zu werden, dass beim Finanzierungsleasing der Leasingnehmer nach Ablauf der Grundvertragszeit die ihm vom Leasinggeber und damit vom Eigentümer zum Gebrauch überlassene Sache diesem zurückgibt, denn beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren – zumindest im Mobiliarbereich – stellt die Übergabe des Leasingobjektes durch den Leasingnehmer an den Leasinggeber im entsprechenden Moment nicht die Rückgabe des Leasingobjektes an, sondern vielmehr die Übertragung des Eigentums daran auf den Leasinggeber als Erfüllung des ursprünglich abgeschlossenen Veräusserungsvertrages dar.

Auch dem Sale-and-Lease-Back-Verfahren liegt das Konzept zugrunde, dass dem Leasinggeber nach Ablauf der Grundvertragszeit, d.h. nach Rückzahlung der vom Leasinggeber erbrachten Geldleistung durch den Leasingnehmer, grundsätzlich das Recht zusteht, das Leasingobjekt zu veräussern, solange der Leasingnehmer in jenem Moment nicht den Abschluss eines Anschlussleasingvertrages oder, insbesondere bei Immobilien, den Rückerwerb des Leasingobjektes selbst beabsichtigt.

Währenddem das Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Mobilien, bei welchem entsprechend der eben vorgenommenen Ausführungen ein Übergang des Eigentums an der Leasing Sache auf den Leasinggeber zumindest bei Vertragsbeginn verneint werden muss⁴⁵ und welches somit in der Schweiz wegen des Faustpfandprinzips sowie wegen des Verbots der Sicherungsübereignung mittels Besitzeskonstitutes⁴⁶ nicht praktiziert werden kann, haben bei jenem von Immobilien, für welches die entsprechende Problematik durch die Eintragbarkeit von dinglichen Berechtigungen an Grundstücken im Grundbuch entfällt, in der Schweiz bis anhin zwei verschiedene Formen Anwendung gefunden: Der Leasinggeber erwirbt vom zukünftigen Leasingnehmer als Leasingobjekt entweder eine Baute samt Grund und Boden zu Eigentum oder bloss eine Baute allein, welche den Inhalt eines Baurechtes darstellt.

⁴⁵ GIGER (2) 59.

⁴⁶ Vgl. Art. 717 ZGB, insbesondere die in Abs. 1 in fine erwähnten Bedingungen, sowie Art. 884 Abs. 3 ZGB.

2. Kapitel: Das Immobilienleasing

§ 4 Formen des Immobilienleasing

I. Allgemeine Übersicht

Zur Darstellung, in welcher Form das Immobilienleasing gegenwärtig in der Schweiz praktiziert wird, standen dem Verfasser nicht Standardverträge zur Verfügung, wie sie heute im Bereich des Mobilienleasing anzutreffen sind, sondern spezifische Individualverträge von jenen Gesellschaften, welche das Immobilienleasing heute in der Schweiz betreiben¹. Diese Verträge weichen in ihrer inhaltlichen und vor allem juristischen Ausgestaltung – nicht zuletzt wegen des ausgeprägt individuellen Charakters der Leasingobjekte – teilweise sehr stark voneinander ab. Obwohl heute Bestrebungen im Gang sind, auch die Immobilienleasingverträge landesweit auf ein Mindestmass zu vereinheitlichen – was allein schon darin zum Ausdruck kommt, dass einzelne Leasinggesellschaften bereits heute den Individualverträgen ihre eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als integrierenden Vertragsbestandteil beifügen –, bleibt die Vielfalt der Gestaltungsformen typisches Merkmal für das Immobilienleasing in der Schweiz.

Dies hängt vor allem damit zusammen, dass sowohl bestehende als auch neu zu erstellende Bauten, welche bisweilen in hohem Mass den individuellen Wünschen des Leasingnehmers entsprechen müssen, Gegenstand eines Immobilienleasinggeschäftes darstellen. Neben Verträgen, welche sich ausschliesslich auf das Verleasen von Immobilien konzentrieren, begegnet man auch solchen, welche zusätzlich noch die Phase des Erstellens des Leasingobjektes abdecken.

Ferner unterscheiden sich die einzelnen Immobilienleasinggeschäfte auch danach, ob eine bereits bestehende Baute bzw. Grund und Boden für das zukünftige Objekt durch den Leasinggeber von einem Dritten oder vom zukünftigen Leasingnehmer selber auf der Basis des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens erworben wird.

Schliesslich ergeben sich für das Immobilienleasing dadurch, dass der Leasinggeber als Leasingobjekt sowohl Grundstücke im Sinne von Liegenschaften gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB als auch im Sinne von Baurechten gemäss Art. 655

¹ Diese sind: A + E Leasing AG, CADENAG, Lisca AG sowie die IL-Immobilien-Leasing AG.

Abs. 2 Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 779 ZGB erwerben kann, zusätzliche Ausgestaltungsmöglichkeiten.

II. Schematische Gliederung der verschiedenen Formen von Immobilienleasing

Die unterschiedlichen Formen des Immobilienleasing lassen sich nach folgendem, sehr allgemein gehaltenem Schema gliedern.

1. Leasing von bestehenden Bauten:

- a) Erwerb der Liegenschaft durch den Leasinggeber zu Eigentum/im Baurecht von einem Dritten und anschliessendes Verleasen an den Leasingnehmer.
- b) Erwerb der Liegenschaft durch den Leasinggeber zu Eigentum/im Baurecht vom zukünftigen Leasingnehmer und anschliessendes Verleasen der Baute an den Leasingnehmer.

2. Leasing von Neubauten:

- a) Erwerb von Grund und Boden durch den Leasinggeber zu Eigentum/im Baurecht von einem Dritten; Erstellen der Baute und anschliessendes Verleasen derselben an den Leasingnehmer.
- b) Erwerb von Grund und Boden durch den Leasinggeber zu Eigentum/im Baurecht vom zukünftigen Leasingnehmer; Erstellen der Baute und anschliessendes Verleasen derselben an den Leasingnehmer.

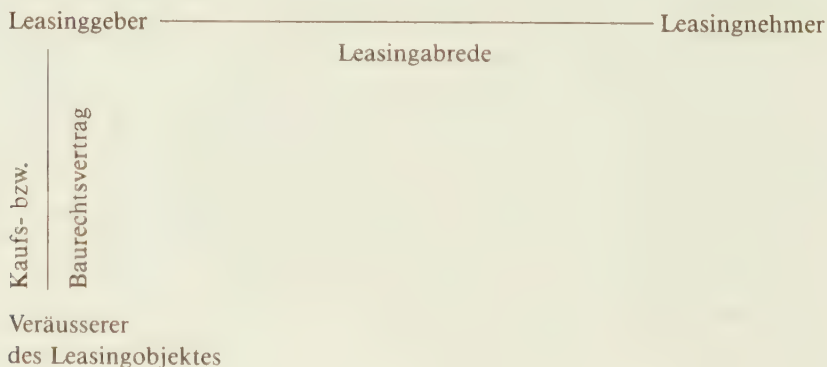
§ 5 Die einzelnen Vertragsverhältnisse beim Immobilienleasing

Wie das Finanzierungsleasing von Mobilien stellt auch das Immobilienleasing grundsätzlich ein Dreiparteiensystem dar und erfüllt damit seinerseits ebenfalls ein wesentliches Merkmal des Finanzierungsleasing¹. Wie beim Finanzierungsleasing von Mobilien sind auch beim Immobilienleasing «die juristisch zwar grundsätzlich selbständigen, wirtschaftlich aber zusammenhängenden»² vertraglichen Beziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer einerseits sowie jene zwischen Leasinggeber und Drittem andererseits voneinander zu unterscheiden.

Dabei gilt es allerdings für das Immobilienleasing festzuhalten, dass die dritte Partei je nachdem, ob ein Grundstück mit bestehender Baute oder ein unbebautes Grundstück erworben und anschliessend eine Baute darauf errichtet werden soll, nur eine einzige Person, nämlich der Veräusserer eines Grundstückes mit bestehender Baute, oder auch zwei verschiedene Personen sein können: dies im Fall des Erwerbes eines unbebauten Grundstückes mit anschliessender Errichtung des Leasingobjektes, da der Leasinggeber mit dem Veräusserer des Grundstückes und anschliessend auch mit dem Erbauer der Gebäulichkeiten vertragliche Vereinbarungen trifft. Beim Finanzierungsleasing von Mobilien hingegen beschränkt sich die dritte Partei regelmässig auf eine Person, den Händler oder Produzenten des Leasingobjektes.

Schematische Darstellung des Dreiparteiensystems bei Immobilienleasing:

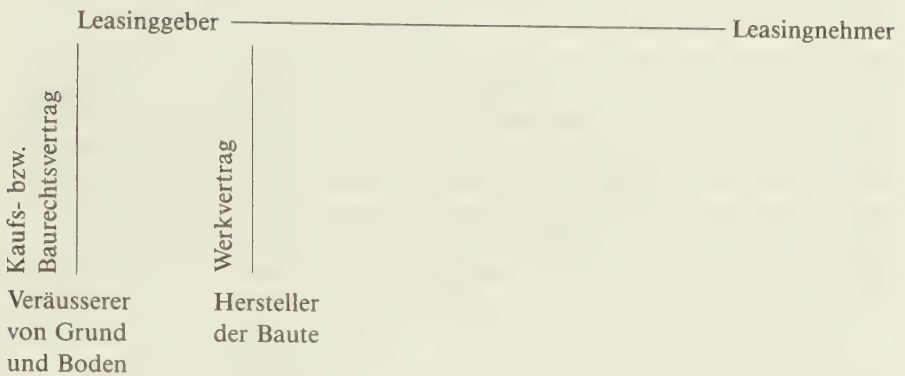
Fall 1:



¹ GIGER (2) 23.

² GIGER (2) 68.

Fall 2:



Gerade im Bereich des Immobilienleasing ist innerhalb des skizzierten Dreiparteiensystems eine Fülle von Gestaltungsformen der einzelnen Vertragsverhältnisse anzutreffen; diese werden nachfolgend nur in ihren Grundzügen dargestellt.

I. Das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer

Wie anhand des Gliederungsschemas in § 4 II deutlich wurde, setzt sich das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer beim Immobilienleasing regelmässig aus zwei Komplexen zusammen, wovon der eine die Bereitstellung, der andere das Verleasen des Leasingobjektes selbst zum Inhalt hat.

In formeller Hinsicht schlägt sich indessen eine entsprechende Aufteilung der Rechtsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer nicht einheitlich nieder. Zwei der in der Schweiz das Immobilienleasing praktizierenden Leasinggesellschaften fassen beide Phasen in einem Vertrag zusammen, während die beiden anderen Gesellschaften dafür getrennte Verträge vorsehen. Bei letzteren ist im einen Fall die Bereitstellungsphase in einem Vorvertrag zum Immobilienleasingvertrag geregelt, während im anderen Fall für beide Phasen selbständige Verträge abgeschlossen werden. Entsprechend dem Umfang der vom Leasinggeber versprochenen Leistungen, welcher vor allem in der Phase der Bereitstellung des Leasingobjektes variieren kann, unterscheidet man sodann zwischen einem Netto- (engl. net-) und einem Brutto- (engl. gross-) Leasing³.

³ WIELAND 17; WESTPHALEN 506; RUNGE/BREMSER/ZOELLER 43 ff.

Beschränken sich die Leistungen des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer neben jenen Handlungen, welche zur Erlangung seiner Eigentümer- bzw. Bauberechtigtenstellung am Leasingobjekt unerlässlich sind, wie insbesondere Erfüllung von Formerfordernissen bei der Eintragung im Grundbuch, ausschliesslich auf die Leasingphase, d.h. die Finanzierung (durch Kapitalbeschaffung, Einzug der Leasingraten, Zahlung der Zinsen und Tilgung der Kapitalschuld gegenüber dem Geldgeber) sowie die Gebrauchsüberlassung des Objektes, so spricht man von einem Netto-Leasing. Die Auswahl einer bestehenden bzw. die Planung und Errichtung einer neu zu erstellenden Baute sowie deren Verwaltung erfolgen in diesem Fall durch den Leasingnehmer. Verpflichtet sich hingegen der Leasinggeber dazu, auch diese Aufgaben in sein Dienstleistungspaket miteinzubeziehen, so liegt Brutto-Leasing vor⁴.

A) Die Leasingabrede

Innerhalb der Rechtsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer steht die Leasingabrede an erster Stelle, indem sie auch für jenes Tätigwerden seitens des Leasinggebers, welches über die Finanzierung und Gebrauchsüberlassung der Immobilie hinausgeht, die Grundlage darstellt. Der Erwerb einer Liegenschaft zu Eigentum bzw. im Baurecht durch den Leasinggeber erfolgt nicht aus dessen eigener Initiative, sondern erst auf Veranlassung des Leasingnehmers, wie sie in der Leasingabrede direkt oder durch entsprechende Verpflichtung des Leasinggebers zum Ausdruck kommt. Indem das Immobilienleasing ein Finanzierungs- und kein Absatzgeschäft ist, hält sich kein Leasinggeber, welcher das Immobilienleasing betreibt, einen Vorrat an Liegenschaften für allfällige zukünftige Leasinggeschäfte bereit⁵, wie dies bei herkömmlichen, auf den Liegenschaftenhandel ausgerichteten Immobiliengesellschaften hingegen üblich ist. Vielmehr erwirbt der Leasinggeber eine Liegenschaft erst auf das spezifische und ausdrücklich in der Leasingabrede festgehaltene Begehren des Leasingnehmers, d.h. erst wenn oder weil dem Leasinggeber «die Möglichkeit geboten wird, den Vertragsgegenstand zwecks wirtschaftlicher Nutzung gegen entsprechendes Entgelt einem bestimmten, vertragswilligen Interessenten – dem Leasingnehmer – zu überlassen⁶.»

⁴ RUNGE/BREMSE/ZOELLER 43 ff.; WESTPHALEN 506.

⁵ WESTPAHALEN 505 f.

⁶ GIGER (2) 68.

B) Zusätzliche Abreden im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Leasingobjektes

Da nicht bloss bereits bestehende, sondern auch noch zu errichtende Bauten Gegenstand eines Immobilienleasinggeschäftes sein können, variiert der Umfang der vom Leasinggeber über das eigentliche Leasing hinausgehenden Verpflichtungen von Fall zu Fall beträchtlich. So kann es sein, dass der Leasinggeber neben seiner eigentlichen Funktion als Financier und Gebrauchsüberlasser zusätzlich rechtlich und wirtschaftlich zum Bauherrn wird⁷, welcher für Planung, Ausführung, Bau- und Garantieabnahme sowie Geltendmachung aller Gewährleistungsansprüche verantwortlich zeichnet; dabei können dem Leasingnehmer je nach Vertragsverhältnis kleinere oder grössere Einflussmöglichkeiten eingeräumt werden.

In Abweichung von dieser für das Immobilienleasing typischen Vertragsgestaltung lehnt es jedoch ein Teil der Gesellschaften, welche heute in der Schweiz das Immobilienleasing praktizieren, regelmässig ab, selbst aktiv als Bauherr des Leasingobjektes aufzutreten und Verträge mit Bauunternehmern, Ingenieuren und Architekten abzuschliessen. Vielmehr versetzen sie mittels Werkvertrages bzw. mittels indirekter Stellvertretung aufgrund eines einfachen Auftrages den Leasingnehmer selber in die Stellung eines Generalunternehmers bzw. eines Bauherrn.

1. Der Leasingnehmer als Generalunternehmer

Entsprechend dieser Konstruktion überträgt der Leasinggeber dem Leasingnehmer die Erstellung des Leasingobjektes auf der Grundlage eines Werkvertrages. Der Leasingnehmer wird dadurch gleichsam in die Stellung eines Generalunternehmers versetzt; die Wahl von Architekt, Ingenieuren, Unternehmern etc. sowie die Projekt- und Bauleitung stehen ausschliesslich ihm zu. Eine gewisse Einschränkung seines Handlungsspielraums ergibt sich für den Leasingnehmer allerdings dabei dadurch, dass er sämtliche von ihm als Generalunternehmer abzuschliessenden Verträge vorgängig dem Leasinggeber zwecks Absicherung gegen Kosten- und Kreditüberschreitungen zur Genehmigung vorzulegen hat. Überschreitet der Leasingnehmer trotzdem die budgetierten und vom Leasinggeber genehmigten Anlagekosten, so muss er den Mehrbetrag selber tragen und den Leasinggeber für ein dadurch entstehendes Überziehen des Baukontos entschädigen. Der Leasinggeber kann sich jedoch bereit erklären, auch diesen Mehrbetrag zu finanzieren und den Leasingvertrag entsprechend anzupassen. Zudem hat der Leasingnehmer die Folgen von Terminüberschreitungen bei der Erstellung der Gebäulichkeiten, auch wenn ihn daran kein Verschulden trifft, selber zu tragen; es obliegt ihm, den entstandenen

⁷ RUNGE/BREMSER/ZOELLER 41; WESTPHALEN 516 f.

Schaden bei allfällig haftpflichtigen Dritten selbständig geltend zu machen. Gegenüber dem Leasinggeber steht ihm in diesem Fall ein Anspruch auf Rücktritt vom Leasingvertrag nicht zu.

2. Der Leasingnehmer als Beauftragter

Indem der Leasingnehmer bei dieser Konstruktion zwar auch in eigenem Namen, jedoch auf Rechnung des Leasinggebers handelt, ist er hierbei im Gegensatz zur vorgängig skizzierten Vertragskonstruktion nicht Generalunternehmer, sondern indirekter Stellvertreter des Leasinggebers. Ihm obliegt es, in Stellvertretung des Leasinggebers als Bauherr den Bau durch einen Generalunternehmer errichten zu lassen, gemäss den mit dem Leasinggeber genau besprochenen Bauplänen. Die vom Leasinggeber zu finanzierenden Investitionskosten werden bei Vertragsabschluss nur approximativ festgesetzt, die genaue Baukostenabrechnung sowie die damit eng verbundene Festsetzung des Leasingzinses erfolgen erst nachträglich bei der Fertigstellung des Leasingobjektes. Auch hier hat der Leasingnehmer die Folgen eines verspäteten Bauabschlusses selber zu tragen.

II. Das Rechtsverhältnis zwischen Leasinggeber und dritter Partei

Stellt das vom Leasinggeber zu erwerbende Leasingobjekt eine bereits bestehende Baute dar, so beschränkt sich beim Immobilienleasing das Rechtsverhältnis zwischen Leasinggeber und dritter Partei auf einen Erwerbs- bzw. Baurechtsvertrag.

In den Fällen, da die vom Leasingnehmer gewünschte Baute auf dem vom Leasinggeber erworbenen Grundstück erst noch errichtet werden muss, tritt zum Erwerbs- bzw. Baurechtsvertrag ein Werkvertrag zwischen dem Leasinggeber und einem Bauunternehmer oder allenfalls Generalunternehmer hinzu.

Diese beiden Formen von Rechtsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Dritten bilden beim Immobilienleasing in der Schweiz die Regel. Die unter Abschnitt I. B 1. und 2. dieses Paragraphen dargestellten Variationsformen für die Errichtung der Baute unter weit oder eng gefasster Verantwortung des Leasingnehmers bilden die Ausnahme.

§ 6 Die Entwicklung und Verbreitung des Immobilienleasing

I. Das Immobilienleasing als Neuschöpfung des anglo-amerikanischen Rechtssystems

Der Begriff «Leasing» geht auf das Jahr 1936 zurück, als in den USA zum ersten Mal Immobilienleasingverträge abgeschlossen wurden¹, und zwar auf der Basis des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens. Nachdem die kalifornische Supermarktkette Safeway Stores Inc. Grund und Boden erworben und darauf einen Supermarkt errichtet hatte, verkaufte sie sowohl das Grundstück als auch die darauf errichteten Bauten an eine Gruppe von privaten Anlegern, welche ihr beides sofort wieder in Form des Leasing für die Dauer von 99 Jahren, verbunden mit einem Kaufrecht, zurückübertrug².

Dank den steuerrechtlichen Vorteilen gegenüber der herkömmlichen Hypothekendarfinanzierung fand diese Finanzierungsform auch in anderen amerikanischen Bundesstaaten rasch Verbreitung. Das Zusammentreffen zusätzlicher, z.T. völlig voneinander unabhängiger Faktoren ermöglichte sodann den grossen Aufschwung des Finanzierungsleasing in Amerika, zunächst vornehmlich in Gestalt des Immobilienleasing. Einmal ist dabei auf die sogenannten tax exempt institutions hinzuweisen, welche als Leasinggeber zu jener Zeit im Vordergrund standen. Bei diesen Einrichtungen handelte es sich hauptsächlich um Anlageinstitute wie Personalfürsorge- oder Hochschulstiftungen, welche steuerrechtlich privilegiert waren und im Finanzierungsleasing von Immobilien neue Möglichkeiten zur Realisierung ihrer Anlegerinteressen erblickten. So hatten bereits 1950 mehr als 150 amerikanische Hochschulen solche Geschäfte auf der Basis des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens abgewickelt³. Sodann bot sich mit der Errichtung einer tax exempt institution für die grossen amerikanischen Versicherungsgesellschaften die Möglichkeit, das ihnen gegenüber geltende Verbot, industrielle oder gewerbliche Bauten zu erwerben, umgehen zu können⁴. 1945 kam in dieser Form das erste Immobilienleasinggeschäft, wiederum auf der Basis des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens, zustande: Die Allied Stores Corporation verkaufte sechs Warenhäuser an eine amerikanische Versicherung im Betrag von 16 Millionen US-Dollars⁵.

¹ MEIER 30.

² GIOVANOLI (I) 85.

³ GIOVANOLI (I) 86.

⁴ GIOVANOLI a.a.O.

⁵ GIOVANOLI a.a.O.

Der ursprünglich gerade im Bereich der Immobilien durchschlagende Erfolg des Leasing, zu welchem vor allem die für andere Zwecke steuerrechtlich privilegierten tax exempt institutions ihren wesentlichen Beitrag geleistet hatten, löste sodann wohl einerseits gesetzliche Beschränkungen in den Anwendungsmöglichkeiten jener Institute aus, brachte jedoch andererseits auch Lockerungen in den restriktiven Vorschriften betreffend Erwerb industriell oder gewerblich nutzbarer Grundstücke durch Versicherungen. Dies ermöglichte es letzteren, bis Ende der vierziger Jahre Marktführer im Immobilienleasinggeschäft zu werden. Jedoch nicht allein die gesetzlichen Grundlagen, sondern weit mehr noch die wirtschaftlichen Verhältnisse in der unmittelbaren Nachkriegszeit waren für die Etablierung des Leasing, insbesondere des Finanzierungsleasings, von entscheidender Bedeutung. Die rasante Entwicklung in der Technisierung von Produktionsmitteln, welche gegen Ende des 2. Weltkrieges einsetzte, sowie die damit verbundene starke Zunahme des Finanzbedarfs zur Erneuerung der betrieblichen Einrichtungen führten dazu, dass drei Viertel aller Investitionen im Mobiliar- und Immobilienbereich mittels Fremdfinanzierung getätigt wurden⁶.

Mit der Gründung der ersten amerikanischen Leasinggesellschaft, der United States Leasing Corporation, im Jahre 1952, welche anfänglich Leasing ausschliesslich auf der Basis des Sale-and-Lease-Back praktiziert hatte und sich anschliessend auf das Finanzierungsleasing von mobilen Investitionsgütern spezialisierte, etablierte sich die neue Finanzierungsform in Amerika in Gestalt des Finance-Equipmentleasing definitiv und trat damit eine ungebremsste Entwicklung an⁷.

Angesichts der Verwandtschaft zwischen dem amerikanischen und dem englischen Recht, verwundert es wenig, dass das Leasing in Europa zunächst in Grossbritannien Anwendung fand und erst danach auf dem europäischen Kontinent auf offene Ohren zu stossen vermochte. So wurden in England, nachdem auch dort die ersten Leasinggeschäfte mit Immobilien, ebenfalls auf der Basis des «Sale and lease back»-Verfahrens, abgewickelt worden waren, erst 1960 Leasinggesellschaften, welche sich sodann auch auf das Finanzierungsleasing von Mobilien spezialisierten, gegründet. Eine der ersten dieser Gesellschaften war die Mercantile Leasing Company, welche damals noch zu 80 Prozent im Besitz der US-Leasing Corporation war⁸.

Die geschilderte Entwicklung macht deutlich, dass das Finanzierungsleasing aus der traditionellen und auch flexiblen Ordnung der Immobilienrechte des anglo-amerikanischen Rechtes⁹ zunächst als Immobilienfinanzierungsleasing hervorgegangen ist und erst danach auch auf mobile Investitionsgüter im Sinne des Finance-Equipmentleasing Anwendung gefunden hat.

⁶ GIGER (2) 12.

⁷ SCHUBIGER 17; HAVERMANN 13; GIGER (2) 12.

⁸ Vgl. hierzu insbesondere: HAUSMANN 23.

⁹ GIOVANOLI (1) 105.

II. Die Entwicklung des Immobilienleasing in Kontinentaleuropa

In Kontinentaleuropa hingegen hielt das Leasing in umgekehrter Reihenfolge Einzug¹⁰, indem das Immobilienleasing hier erst zu jenem Zeitpunkt Fuss zu fassen vermochte, als sich das Finanzierungsleasing von mobilen Gütern bereits schon durchgesetzt hatte. Verschiedene Gründe sind, wie GIOVANOLI in seiner Darstellung des Leasing in Europa feststellt, für diese Entwicklung verantwortlich¹¹.

Zunächst ist einmal festzuhalten, dass mit der Anwendung des Finanzierungsleasing in Kontinentaleuropa eine neue, in einer fremden Rechtsordnung entstandene Finanzierungsform übernommen worden ist. Dabei erwies es sich aus Risiko-Gründen als sinnvoll, zunächst Mobilien, d.h. mit Gütern von geringerem Wert, als dies Immobilien sind, zu «experimentieren» und erst hernach die gewonnenen Erfahrungen auf das Leasinggeschäft mit Immobilien zu übertragen. Sodann sind Rechtsgeschäfte mit Immobilien in Kontinentaleuropa mit restriktiveren und von Land zu Land zum Teil stark abweichenden Bestimmungen bezüglich der Eigentumsverhältnisse daran verbunden, weshalb das Immobilienleasing sich hier nicht so rasch wie im angloamerikanischen Raum durchzusetzen vermochte. Auch waren die Unterschiede, wie Giovanoli an zitierter Stelle weiter anführt, in der Anwendung des Finanzierungsleasing in den beiden Rechtskreisen im Bereich der Mobilien geringer als in jenem der Immobilien. So gewährt der Finanzierungsvertrag im Bereich der Mobilien dem Leasingnehmer sowohl nach angloamerikanischem als auch nach kontinentaleuropäischem Recht lediglich einen obligatorischen Anspruch auf das Leasingobjekt gegenüber dem Leasinggeber. Demgegenüber steht jedoch der im allgemeinen in Europa anzutreffende *numerus clausus* der dinglichen Rechte an Grundstücken einer unveränderten Anwendung des Immobilienleasing nach angloamerikanischem Recht, welches dem Leasingnehmer ein dingliches Recht am Leasingobjekt gewährt, im Wege.

Wirtschaftlich betrachtet, entspricht das europäische Finanzierungsleasing von Mobilien wie auch dasjenige von Immobilien nach Struktur und Inhalt weitgehend seinem angloamerikanischen Vorbild. Eine bedeutende Ausnahme stellt dabei allerdings die unterschiedliche Gestaltung des Geschicks des Leasinggeschäftes nach Ablauf der Grundvertragszeit dar. Während in Amerika und in Grossbritannien die Finanzierungsleasingverträge grundsätzlich kein Kaufrecht zugunsten des Leasingnehmers beinhalten, herrscht ein solches in Europa gerade beim Immobilienleasing als Wesensmerkmal vor, wo es, wie GIOVANOLI¹² vermutet, allenfalls die Abwesenheit einer dinglichen Berechtigung des Leasing-

¹⁰ MEIER 30.

¹¹ GIOVANOLI (I) 105 ff.

¹² GIOVANOLI (I) 106.

nehmers am Leasingobjekt zu kompensieren hat. In Frankreich und Belgien ist das Kaufsrecht gar entscheidendes Merkmal des Finanzierungsleasing schlechthin¹³.

Gesamthaft lassen sich innerhalb Kontinentaleuropas verschiedene, dem jeweiligen Charakter der einzelnen Länder entsprechende Entwicklungen des Finanzierungsleasing im allgemeinen als auch desjenigen von Immobilien im besonderen verfolgen.

Nachdem anfangs der sechziger Jahre sowohl in Frankreich als auch in Deutschland – die Entwicklungen des Leasing in diesen beiden Ländern übten zweifellos den grössten Einfluss auf jene in der Schweiz aus – von einzelnen Unternehmen Gesellschaften gegründet worden waren, welche in bescheidenem Rahmen das Immobilienleasing vornehmlich auf der Basis des Finanzierungsleasing praktizierten, wurde dieses Geschäftsgebiet, das sich sehr rasch auszuweiten vermochte, wenige Jahre später schon von den Grossbanken dieser Länder beherrscht¹⁴.

Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland hat sich, wenn auch auf unterschiedlichen Wegen, die Praxis dahin entwickelt, dass für jedes einzelne Immobilienleasinggeschäft eine ad hoc- oder sogenannte Objektgesellschaft gegründet wird. Während in Frankreich vorallem steuerrechtliche Überlegungen zu dieser Praxis führten, welche schliesslich in der «Ordonnance n. 67 – 837, relative aux opérations de crédit bail aux sociétés immobilières pour le commerce et de l'industrie» – abgekürzt S.I.C.O.M.I. – ihre Grundlage fand¹⁵, waren in Deutschland für dieselbe Entwicklung vorallem rein praktische Überlegungen entscheidend. Auch wenn dieses System auf den ersten Blick einen Umweg bei der Ausübung des Immobilienleasinggeschäftes darstellt, so brachte es zumindest anfänglich den Vorteil, das Risiko von Verlustgeschäften bei der Anwendung der bis anhin im Immobiliarebereich noch unbekannten Finanzierungsmethode für die Muttergesellschaft in Grenzen halten zu können.

Mehr als fünfzig aufgrund der Ordonnance von 1967 gegründeten Gesellschaften betreiben heute das Immobilienleasing exklusiv in Frankreich; die eine Hälfte davon finanziert die verschiedenartigsten Immobilien, während die anderen Gesellschaften sich auf die Finanzierung von Anlagen des Fernmeldewesens spezialisiert haben. Auch in Deutschland findet heute Leasing auf alle Arten von gewerblich oder industriell nutzbaren Immobilien Anwendung. Angesichts des Gesamtvolumens der via Leasing finanzierten Immobilien von zirka fünfzehn Milliarden DM anfangs der achtziger Jahre wird deutlich, dass sich das Immobilienleasing auch in Deutschland in kurzer Zeit in beachtlichem Ausmass zu etablieren vermochte¹⁶.

¹³ BRUMANN 26; HAUSMANN 46.

¹⁴ Vgl. für Frankreich: GIOVANOLI (I) 112 ff.; SONNENBERGER 25; für Deutschland: FOHLMEISTER 119.

¹⁵ GIOVANOLI (I) 113.

¹⁶ GIOVANOLI (I) 116 f.; FOHLMEISTER 117.

III. Die Entwicklung des Immobilienleasing in der Schweiz

In der Schweiz ist das Immobilienleasing noch sehr jung, es hat seine Experimentierphase wohl eben erst gerade überstanden. Seine Grundlage ist auch hier das Finanzierungsleasing von Mobilien, welches hierzulande im Vergleich zu den übrigen westeuropäischen Ländern relativ spät, d.h. erst im Jahre 1964, definitiv Einzug hielt.

Diese verzögerte Entwicklung hat zwei Gründe: Sowohl die weitverbreitete Fähigkeit zur Selbstfinanzierung der notwendigen Investitionen als auch eine stark dem Eigentumsgedanken verpflichtete Mentalität im Wirtschaftsleben waren wenig geeignet, dem Leasing in unserem Land sofort zum Erfolg zu verhelfen. Nachdem zunächst anfangs der sechziger Jahre dem Leasing verwandte Geschäfte in grösserem Umfange vorallem in der Autobranche in Form des Händler- und Importeurleasing getätigt worden waren, entdeckten die Grossbanken im Finanzierungsleasing eine entwicklungsfähige Erweiterung ihrer Angebotspalette im Finanzierungsgeschäft. So brachte denn im Jahre 1964 die Gründung der Industrieleasing AG, der ersten auf die Finanzierung von mobilen Investitionsgütern spezialisierten Gesellschaft, die entscheidende Wende¹⁷. Neugründungen durch Grossbanken oder aber Beteiligungen derselben an bereits bestehenden universell tätigen Leasinggesellschaften folgten und setzten die Grundlage für ein rapides Wachstum auf diesem Geschäftsbiet. 1971 schlossen sich sodann die acht wichtigsten Leasinggesellschaften zum Verband schweizerischer Leasinggesellschaften (VSLG) zusammen¹⁸.

Obwohl das Finanzierungsleasing im Bereich der mobilen Investitionsgüter sehr bald seine Feuertaupe bestanden hatte, liess dessen analoge Anwendung auf Immobilien vorläufig noch auf sich warten. Das regelmässig mit dem Immobilienleasing verbundene, sehr grosse finanzielle Engagement sowie die anfänglich noch kaum erkannten, geschweige denn gelösten Probleme in privat- und steuerrechtlicher

¹⁷ LÜSSI 25; PETER 9; JANS 31; LIENHARD 180; GIOVANOLI (I) 200.

¹⁸ Diesem Verband gehören heute an:

- Industrieleasing AG, Zürich, gegründet im Jahre 1964 als Tochtergesellschaft des Schweizerischen Bankvereins;
- A + E Leasing AG, Zürich, gegründet 1966 als Beteiligungsgesellschaft von der A. Welti-Furrer AG Zürich, der Schweizerischen Volksbank und von zehn Kantonalbanken;
- Dreieck-Leasing AG, Lausanne, gegründet 1970;
- ALF (Aufina Leasing + Factoring) AG, Brugg, gegründet 1972 als Tochtergesellschaft der Schweizerischen Bankgesellschaft;
- Anlagenleasing AG, Küsnacht, gegründet 1973 als Tochtergesellschaft der Deutschen Anlagen-Leasing GmbH, Mainz;
- Lisca Leasing AG, Zürich, gegründet 1976 als Beteiligungsgesellschaft von sechzehn Kantonalbanken;
- IL Immobilienleasing AG, gegründet 1977 als Tochtergesellschaft des Schweizerischen Bankvereins.

Hinsicht beim Finanzierungsleasing von Mobilien, schreckten vor übereilten und unüberlegten Versuchen mit Immobilien ab. Seit Ende der sechziger Jahre sind dann aber verschiedene, in Einzelheiten stark voneinander abweichende Modelle für das Immobilienleasing von verschiedenen Leasinggesellschaften entwickelt worden, welche sich mehrheitlich bis heute, wenn auch in abgewandelter Form, halten konnten und weiterhin durch neue, vielfach noch in Vorbereitung stehende Modelle ergänzt werden.

A) Das Modell «Zentra-Ver»

Mit dem von der damaligen Immobiliengesellschaft Zentra-Ver AG, einer Tochtergesellschaft der ehemaligen Basler Handwerkerbank, entwickelten Modell fand das Immobilienleasing in der Schweiz zwischen 1969 und 1975 zum ersten Mal in bescheidenem Rahmen und in atypischer Form Anwendung. Dieses Modell entstand aus den Bestrebungen, dem Ende der sechziger Jahre herrschenden akuten Wohnungsproblem begegnen zu können, und zwar durch Verbreitung des Stockwerkeigentums mittels Finanzierungsformen, welche sich bei der damaligen raschen Geldentwertung durch die «Umkehrung des Inflationseffektes»¹⁹ auszeichneten. Nach diesem Modell wurde der Mieter am Ende der Vertragsdauer selber Eigentümer seiner Wohnung «womit er selber in den Genuss der Inflationsrate» kam. Dementsprechend richtete sich dieses Modell zunächst an den Privatmann, stiess aber nach kurzer Zeit in leicht modifizierter Form auch bei Unternehmen in Gewerbe und Industrie auf Interesse.

Der Anschaulichkeit und Vollständigkeit halber werden die Wesensmerkmale dieses Modells im folgenden kurz skizziert. Zur eingehenderen Darstellungen wird angesichts der bereits überholten Aktualität dieses Modells auf die entsprechenden Ausführungen von BRUMANN²⁰ verwiesen.

Ursprünglich lag auch dem Modell Zentra-Ver ein Finanzierungsleasingvertrag, verbunden mit einem Ziffernmässig fest bestimmten Kaufsrecht zugrunde. Die Besonderheit dieses Vertrages lag zunächst in einem jederzeit ausübbar und auf sechs Monate befristeten Kündigungsrecht unter Verlustfolge der bereits geleisteten Amortisationszahlungen. Sodann erhielt der Leasingnehmer bei Vertragsabschluss nicht bloss das jederzeit ausübbar Kaufsrecht zugesprochen, sondern er musste sich auch noch dazu verpflichten, nach Ablauf der fixen Vertragsdauer von 16½ Jahren das Leasingobjekt zu übernehmen. Ausserdem gewährte das Modell Zentra-Ver insofern nicht eine hundertprozentige Fremdfinanzierung, als

¹⁹ GULDIMANN/HATT 10.

²⁰ BRUMANN 27 ff.

der Leasingnehmer bei Vertragsabschluss eine für das Immobilienleasing atypische Anzahlung von 10 bis 15 Prozent aller Investitionskosten zu leisten hatte und ihm nach Ablauf der Vertragsdauer, innerhalb welcher die 2. Hypothek amortisiert wurde, die 1. Hypothek von circa 50 bis 60 Prozent des ursprünglichen Kaufpreises überbunden wurde.

Angesichts der dargestellten Besonderheiten beim Modell Zentra-Ver stellt sich die Frage nach dessen Begriffsbestimmung. BRUMANN²¹ erachtet eine Zuordnung dieses Verfahrens trotz dessen «Zwitterstellung» unter das Immobilienfinanzierungsleasing als zulässig, mit der Begründung, dass der Leasingnehmer in der Ausübung seines Kündigungsrechtes infolge der damit verbundenen finanziellen Verluste nicht so frei sei wie der gewöhnliche Mieter. Richtet man jedoch das Augenmerk noch besonders auf das Ende dieses Immobilienleasingvertrages, da der Leasingnehmer grundsätzlich verpflichtet ist, das Leasingobjekt zu kaufen, drängt sich eine Qualifizierung dieses Vertrages als Veräusserungsvertrag besonderer Art geradezu auf. Eine ähnliche Meinung vertritt GIOVANOLI²², der das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer bei diesem Modell aufgrund der Kaufverpflichtung des Leasingnehmers als sehr stark dem Mietkaufverkauf angenähert sieht und im Modell selber eine atypische Form des Immobilienleasing erblickt.

Die anfangs der siebziger Jahre erfolgten Kreditrestriktionen sowie die vorallem in der Baubranche einsetzende Rezession im Jahre 1974 brachten die Entwicklung des ersten schweizerischen Leasingverfahrens im Bereich der Immobilien zum Erliegen. Gegenüber der später wieder möglich gewordenen hypothekarischen Belastung der Wohnbauten bis zu 90 Prozent vermochte sich das Modell Zentra-Ver indessen trotz seiner «unbestreitbaren Vorteile in der Beschränkung der Haftung des Leasingnehmers auf seine Anzahlung und die geleisteten Amortisationsraten der 2. Hypothek»²³ nicht mehr zu behaupten. Das Modell Zentra-Ver findet denn auch heute weder im Bereich der Eigenheime noch in jenem der Industrie- und Gewerbebauten Anwendung.

B) Das Modell A + E Leasing

Mit dem von der A + E Leasing AG neuentwickelten Modell wurde das Immobilienleasing in der Schweiz im Frühjahr 1976 zum ersten Mal landesweit lanciert²⁴.

Grundlage dafür waren die Erfahrungen, welche diese Gesellschaft in den ersten zehn Jahren seit ihrer Gründung auf dem Gebiet des Mobilienleasing gewinnen

²¹ BRUMANN 30.

²² GIOVANOLI (I) 205.

²³ BRUMANN 29.

²⁴ GIOVANOLI (I) 206; BRUMANN 30 ff.

konnte, sowie die infolge der Mitte der siebziger Jahre eingetretenen Rezession veränderten Konjunkturverhältnisse innerhalb der Baubranche. Während zu dieser Zeit bei Wohnbauten eine Fremdfinanzierung bis zu 90 Prozent wieder vermehrt möglich wurde und die Finanzierungskosten gar rückläufig tendierten, verblieb die obere Limite der erstrangigen und damit gleichzeitig einzig möglichen hypothekarischen Finanzierung von Industrie-, Gewerbe- und Geschäftsbauten bei 50 bis maximal 60 Prozent aller Investitionskosten²⁵.

Angesichts dieser neuen Rahmenbedingungen sowie der ausschliesslich bei betrieblichen Bauten vom Fiskus abzugsfähigen Amortisationszahlungen erwies sich das von der A + E Leasing AG praktizierte Immobilienleasinggeschäft als besonders konkurrenzfähig²⁶. Das Modell ist denn auch ausschliesslich auf industrielle und gewerbliche Objekte wie Fabrikgebäude, Lagerhallen, Supermärkte oder einzelne für Büroräume konzipierte Stockwerke ausgerichtet und stellt eine hundertprozentige Fremdfinanzierung solcher Objekte dar.

In der von der A + E Leasing AG publizierten Broschüre²⁷ wird das Modell definiert als «langfristige Vermietung von gewerblich nutzbaren Gebäuden, wobei während der Vertragsdauer das Objekt in der Regel nach Massgabe der steuerrechtlich zulässigen Sätze amortisiert wird und der Mieter nach Ablauf der Vertragsdauer ein Kaufsrecht besitzt, welches eine Steigerung oder Minderung des Wertes der Anlage ausser acht lässt.» Dem Modell liegt ein auf zehn Jahre fest, d.h. unkündbar abgeschlossener Vertrag zum Gebrauch einer Anlage zugrunde; das bereits bei Vertragsabschluss preislich fest bestimmte Kaufsrecht ist grundsätzlich erst nach Ablauf der Grundvertragszeit ausübbar. Im Unterschied zum Modell Zentra-Ver erhält der Leasingnehmer hier das Kaufsrecht unentgeltlich zugesprochen; auch hat der Leasingnehmer bei diesem Modell – abgesehen von einer Abschlussgebühr im Umfang von einem Prozent aller Investitionskosten – bei Vertragsabschluss auch keine Anzahlung zu leisten, wie dies beim Modell Zentra-Ver der Fall war.

Während der Vertragsdauer wird der Anteil der Investitionskosten, welcher über denjenigen hinausgeht, der durch eine erstrangige Hypothek nicht gedeckt ist, sondern vom Leasinggeber selber finanziert wird, – dieser Anteil variiert von Fall zu Fall zwischen 40 und 50 Prozent aller Investitionskosten – durch den Leasingnehmer amortisiert, sei es gänzlich oder auch nur zum Teil, mindestens aber in einem solchen Umfang, dass nach Ablauf der Grundvertragszeit dreissig Prozent aller Investitionskosten des Leasingobjektes amortisiert sind. Die Berechnungsgrundlagen für den entsprechenden Leasingzins sind die steuerrechtlich zugelassenen Abschreibungssätze für entsprechende Bauten. Dementsprechend wird dem jeweiligen Immobilienleasinggeschäft ein Amortisationsplan zugrundegelegt, welcher

²⁵ Zitat H. WESSA bei BÜCHI 68.

²⁶ Im Verlaufe der ersten 18 Monate seit der Lancierung des neuen Modells konnte die A + E Leasing AG Immobilienleasingverträge im Gesamtbetrag von 55 Mio. Franken abschliessen. Vgl. GIOVANOLI (I) 206; BODMER 14.

²⁷ A + E Leasing: Leasing – Neue Wege unternehmerischer Finanzpolitik 22.

entsprechend den steuerrechtlich erlaubten Abschreibungssätzen der einzelnen Kantone eine Rückzahlung von drei bis fünf Prozent aller Investitionskosten bei Industriebauten bzw. zwei bis drei Prozent bei Geschäftsbauten pro Jahr vorsieht²⁸.

Nach Ablauf der Vertragsdauer besteht für den Leasingnehmer die Möglichkeit, nicht aber die Verpflichtung, sein Kaufrecht zum bereits bei Vertragsabschluss festbestimmten Preis, der dem auf das Vertragsende kalkulierten Restwert des Leasingobjektes entspricht, auszuüben. Der Leasingnehmer erwirbt in diesem Fall das zur Hälfte mit einer erstrangigen Hypothek noch belastete Leasingobjekt gegen eine bereits bei Vertragsabschluss vereinbarte Vergütung, welche dem noch nicht amortisierten Teil der durch den Leasinggeber finanzierten Investitionskosten, das sind in der Regel maximal zwanzig Prozent aller Investitionskosten, entspricht; denn die im Leasingzins einkalkulierten Amortisationsraten werden bei Ausübung des Kaufrechtes voll angerechnet, sodass der Leasingnehmer im besten Fall, nämlich bei einer durchschnittlichen Amortisation von fünf Prozent pro Jahr, das Objekt nach zehn Jahren im Wert der 1. Hypothek übernehmen kann. Verzichtet der Leasingnehmer auf die Geltendmachung seines Kaufrechts, so kann er zwischen folgenden zwei weiteren Möglichkeiten wählen: Entweder gibt er das Leasingobjekt dem Leasinggeber zum Verkauf oder zur Weitervermietung zurück, wobei er selbst allerdings der geleisteten Amortisationszahlungen verlustig geht, oder er schliesst mit dem Leasinggeber einen Anschlussleasingvertrag zu wesentlich günstigeren, d.h. dem Umfang der noch bis auf die 1. Hypothek zu amortisierenden Investitionskosten entsprechenden Konditionen ab.

Ebenfalls praktiziert die A + E Leasing AG, wenn auch heute in bescheiderem Umfang, das Immobilienleasing auf der Basis des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens²⁹, indem sie bereits bestehende Liegenschaften, die eine Unternehmung als zukünftige Leasingnehmerin aus Gründen der Liquidität veräussern, jedoch den Gebrauch derselben sichergestellt haben will, kauft und dieser anschliessend zum Gebrauch wieder überlässt.

Das Modell der A + E Leasing AG stellt den Prototyp und damit auch die Grundlage des Immobilienleasinggeschäftes in der Schweiz dar und hat sich bis heute, wie es scheint, allgemein bewährt. Gegenüber der Miete sowie dem Kauf mit hypothekarischer Finanzierung im herkömmlichen Sinn gemeinsam von Vorteil ist die bloss alle fünf Jahre neu erfolgende Anpassung des Leasingzinses sowohl nach oben wie nach unten. Dieses System ist auf die direkte Verknüpfung des Leasingzinses mit dem Zinssatz der fünfjährigen Kassenobligationen und nicht mit demjenigen der erst- bzw. zweitrangigen Hypotheken, welcher in Zeiten starker Schwankungen am Kapitalmarkt alle Vierteljahre ändern kann, zurückzuführen. Der anfänglichen Kritik gegenüber dieser Methode³⁰ wurde seitens der

²⁸ BRUMANN 31.

²⁹ BODMER 14.

³⁰ Vgl. insbesondere BRUMANN 31.

das Immobilienleasing praktizierenden Gesellschaften mit dem Argument begnet, dadurch längerfristig eine gesicherte Kostenrechnung dem Leasingnehmer ermöglichen zu können. Steuerrechtlich ist das Modell der A + E Leasing AG bis anhin insofern gut konzipiert, als die im Leasingzins inbegriffenen Amortisationszahlungen mit den steuerrechtlich zulässigen Abschreibungssätzen der einzelnen Kantone harmonieren und als Aufwand seitens des Leasingnehmers abzugsfähig sind.

Inwiefern die fixe Bestimmung der unkündbaren Grundvertragszeit bei diesem Modell auf zehn Jahre den tatsächlichen Bedürfnissen der Vertragsparteien entspricht, wird sich allerdings erst noch zeigen müssen. Dies insbesondere deshalb, da es bei diesem Modell – im Gegensatz zum Modell Zentra-Ver – grundsätzlich unmöglich ist, die Ausübung des vereinbarten Kaufrechts – und zwar auch unter Berücksichtigung eines entsprechend höheren Restwertes – vor Ablauf der Grundvertragszeit geltend zu machen. Andererseits erscheint die Festsetzung der Grundvertragszeit auf zehn Jahre angesichts der geringen Amortisationsätze für industrielle oder gewerbliche Bauten in der Schweiz eher als zu kurz. In den wenigsten Fällen dürfte während dieser Dauer eine Amortisation der Investitionskosten bis zur 1. Hypothek, d.h. bis auf fünfzig Prozent, möglich sein. Bei der Entwicklung dieses Modells dürften für die Festlegung der Vertragsdauer einerseits die auf zehn Jahre befristete Vormerkbarkeit des Kaufrechts im Grundbuch³¹ sowie andererseits die Möglichkeit, bei Vertragsablauf einen Anschlussleasingvertrag für weitere zehn Jahre abschliessen zu können, ausschlaggebend gewesen sein.

Seit dessen erstmaliger Anwendung ist das Modell der A + E Leasing AG wiederholt in Einzelheiten modifiziert und um weitere Dienstleistungen ergänzt worden. So stellt die A + E Leasing AG heute ihre Dienste bereits vor Beginn der eigentlichen Leasingphase zur Verfügung, indem sie dem Leasingnehmer schon bei der Planung und Erstellung des Leasingobjektes beratend zur Seite steht oder gar sämtliche Bauherrenpflichten für den Leasingnehmer selber übernimmt. Sodann erfahren die Gestaltungsmöglichkeiten der Vertragsbeendigung bei Ablauf der Grundvertragsdauer in zweifacher Hinsicht eine Erweiterung: Entschliesst sich der Leasingnehmer am Ende des Leasingvertrages zur Rückgabe des Leasingobjektes an den Leasinggeber, so hat er im Falle einer Wertsteigerung des Leasingobjektes das Recht am Mehrwert bis maximal 75 Prozent zu partizipieren, im Falle der Wertminderung jedoch die Pflicht, den Verlust im gesamten Umfang selber zu tragen.

Definitiv lässt sich die Praktikabilität dieses Modelles erst bei Vorliegen der ersten Erfahrungen mit der Vertragsabwicklung nach Ablauf der Grundvertragszeit, was angesichts des jungen Alters dieses Geschäftes erst Ende der achtziger Jahre der Fall sein wird, beurteilen.

³¹ Art. 683 ZGB. Es verdient allerdings an dieser Stelle erwähnt zu werden, dass die Parteien nicht selten auf die Vormerkung des Kaufrechtes im Grundbuch ausdrücklich verzichten.

C) Andere Modelle

Entsprechend dem Beispiel der A + E Leasing AG sind in den folgenden Jahren von anderen Leasinggesellschaften weitere, vielfach weitgehend übereinstimmende Modelle entwickelt worden.

Das seit Ende der siebziger Jahre von der IL Immobilienleasing AG praktizierte Immobilienleasinggeschäft auferlegt bis anhin dem Leasingnehmer die Verpflichtung, nach Ablauf der individuell abgestimmten und festen Vertragsdauer das bereits bei Vertragsabschluss ziffernmässig festgelegte Kaufsrecht auszuüben oder einen Anschlussleasingvertrag abzuschliessen. Die Möglichkeit der Rückgabe des Leasingobjektes an den Leasinggeber entfällt bei diesem Modell vorderhand, analog dem früheren Modell der Zentra-Ver AG. Auch dieses Modell stellt damit eine atypische Form des Immobilienleasing dar. Laut entsprechender Auskünfte von der IL Immobilienleasing AG kann damit gerechnet werden, dass in diesem Fall eine Änderung im Sinne einer individuell ausgestalteten Rückgabemöglichkeit erfolgen wird.

Als Tochtergesellschaft der Schweizerischen Bankgesellschaft praktiziert die bereits vor mehr als dreissig Jahren gegründete Immobiliengesellschaft CADENAG das Immobilienleasing seit dem 1. März 1979. Es handelt sich dabei um ein Modell, welches sich mit jenem der A + E Leasing AG weitgehend deckt.

1979 wurde sodann von der Schweizerischen Kreditanstalt die ausschliesslich dem Immobilienleasinggeschäft verpflichtete CS Immobilienleasing AG gegründet. Nach anfänglich sehr aktiver Tätigkeit praktiziert diese Gesellschaft heute das Immobilienleasing im Branchenvergleich allerdings nur noch in sehr beschränktem Umfang.

Die im Jahre 1976 gegründete LISCA AG – heute eine der grössten Gesellschaften in der schweizerischen Leasingbranche überhaupt – offeriert ihren Kunden seit Beginn der achtziger Jahre auch ein Modell im Bereich des Immobilienleasing. Dieses zeichnet sich ebenfalls durch die Einräumung eines Kaufsrechts als auch durch die Möglichkeit, das Leasingobjekt bei Vertragsablauf dem Leasingnehmer zurückgeben zu können, aus.

Neben den erwähnten, ausschliesslich in schweizerischem Besitz sich befindenden Gesellschaften, welche das Immobilienleasing betreiben, ist noch auf die Anlagen-Leasing AG (ALAG), Tochtergesellschaft der Deutschen Anlagenleasing GmbH, Mainz – diese ist, wiederum Tochtergesellschaft der Westdeutschen Landesbank, Marktführerin in Deutschland – hinzuweisen. Seit ihrer Gründung im Jahre 1973 hat sie verschiedene, individuellen Wünschen entsprechende Modelle entwickelt. Es handelt sich dabei vorwiegend um Verträge, welche eine gänzliche Amortisation, verteilt auf eine Dauer von 15 bis 20 Jahren mit oder ohne Kaufsrecht bei Vertragsablauf vorsehen. Angesichts der restriktiven Bestimmungen betreffend Grundstückserwerb in der Schweiz durch Ausländer sind dieser Gesellschaft jedoch bei der Ausübung des Immobilienleasinggeschäftes in unserem Land sehr enge Grenzen gesetzt.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Immobilienleasinggeschäft in der Schweiz ausnahmslos von Tochter- bzw. Beteiligungsgesellschaften von Grossbanken oder Kantonalbanken praktiziert wird. Zwei dieser Gesellschaften sind sogenannte Universalgesellschaften, d.h. sie offerieren das Leasing sowohl von mobilen als auch immobilien Objekten. Die anderen Gesellschaften stellen ausschliesslich auf das Immobilienleasing ausgerichtete Spezialgesellschaften dar.

D) Die wirtschaftliche Bedeutung des Immobilienleasing in der Schweiz

In der Schweiz wurden anfangs der achtziger Jahre im Bereich der mobilen Ausüstungsgüter 4 bis 5 Prozent, in jenem der industriell oder gewerblich nutzbaren Bauten ca. 2,5 Prozent aller Investitionskosten via Leasing finanziert. Der Umfang aller damals in der Schweiz in Kraft stehenden Immobilienleasinggeschäfte betrug zirka sechshundert Millionen Franken.

Gemäss den damaligen Ausführungen von HENGGELE³² konnte nach den Prognosen für die Entwicklung der industriell-gewerblichen Bautätigkeit mit einer Steigerung von deren Investitionsvolumen von 7,5 Milliarden Franken im Jahre 1982 auf 13,5 Milliarden Franken im Jahre 1990 gerechnet werden. Bei einer angenommenen Steigerung des Anteils am Investitionsvolumen, welcher durch Leasing finanziert wurde, auf fünf Prozent – wie das damals im Bereich des Mobilenleasing der Fall war – errechnete Henggeler eine Finanzierung via Immobilienleasing von insgesamt, d.h. laufende und neu abgeschlossene Immobilienleasingverträge zusammengekommen, 480 Millionen Franken im Jahre 1986, von gar 650 Millionen Franken im Jahre 1990.

Gemäss den jüngsten Angaben des Verbandes der schweizerischen Leasing-Gesellschaft (VSLG)³³ gingen die Neuabschlüsse beim Immobilienleasing in der Schweiz 1985 auf 78,5 Millionen Franken zurück; im Vorjahr betrugen sie 91,6 Millionen Franken. Der Bilanzwert aller via Immobilienleasing finanzierten Objekte betrug Ende 1985 indessen 778 Millionen Franken.

Anhand dieser Zahlen wird deutlich, welches Potential dem Immobilienleasing bei entsprechendem Konjunkturverlauf in der Schweiz in Zukunft noch zur Verfügung stehen könnte.

³² HENGGELE³² 47.

³³ NZZ Nr. 86 vom 15. April 1986, S. 20.

§ 7 Der Immobilienleasingvertrag

Wie bereits erwähnt¹, umfassen die vertraglichen Beziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer beim Immobilienleasing zwei verschiedene Phasen, die sogenannte Bereitstellungs- sowie die eigentliche Leasingphase.

Je nach dem Immobilienleasingmodell sowie je nach den konkreten Bedürfnissen des Leasingnehmers werden beide Phasen entweder in einem einzigen Vertrag zusammengefasst oder in einem Bauerstellungs- und in einem eigentlichen Leasingvertrag getrennt geregelt. Dementsprechend werden auch Tatbestände von unterschiedlichem Umfang mit dem Wort Immobilienleasingvertrag bezeichnet, die Leasingphase stellt jedoch immer den Kernpunkt der vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer dar.

In den folgenden Erörterungen wird die Bezeichnung Immobilienleasingvertrag ausschliesslich für die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer, welche sich auf die eigentliche Leasingphase beziehen, verwendet. Gegenstand dieses Paragraphen sind denn auch die einzelnen, für die Leasingphase beim Immobilienleasing typischen Vertragspunkte, wie sie aus den Vertragsmustern hervorgehen, welche dem Verfasser von den schweizerischen Leasinggesellschaften, die das Immobilienleasing betreiben, zur Verfügung gestellt wurden. Individuelle Abweichungen unter den einzelnen Vertragsmustern werden nur erwähnt, sofern sie von Bedeutung, d.h. Ausdruck für eine atypische vertragliche Ausgestaltung der Leasingphase sind.

I. Das Vertragsobjekt

Gegenstand von Immobilienleasingverträgen bilden heute in der Schweiz alle Arten der in Art. 655 ZGB erwähnten Grundstücke. Diese sind die Liegenschaften², Miteigentumsanteile an Liegenschaften, insbesondere einzelne Stockwerke³, die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen Rechte⁴ sowie die Bergwerke⁵.

¹ § 4 I.

² Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; vgl. TUOR/SCHNYDER 505.

³ Art. 943 Abs. 1 Ziff. 4; 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB; 10a GBV.

⁴ Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB.

⁵ Art. 655 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB.

Einschränkungen in der Leasingfähigkeit ergeben sich für die oben genannten Grundstücke dadurch, dass diese wirtschaftlich selbständig verwertbar, d.h. funktibel sowie industriell oder gewerblich nutzbar sein müssen⁶.

Das Erfordernis der Fungibilität ergibt sich aus dem Wesen des Immobilienleasing, wonach dem Leasingnehmer nach Ablauf der Grundvertragszeit die Möglichkeit offen stehen soll, sein Kaufsrecht auszuüben oder darauf zu verzichten und deshalb das Leasingobjekt dem Leasinggeber wieder zurückzugeben. Im letzteren Fall ist der Leasinggeber, dessen Hauptleistung in der Finanzierung der Gebrauchsüberlassung und nicht in der Verwaltung oder Vermittlung von Immobilien besteht, daran interessiert, das Leasingobjekt möglichst rasch und vorallem ohne Verlust, nicht zuletzt auch im Interesse des Leasingnehmers, der einen Verlust unter Umständen gänzlich selber zu tragen hat, wieder verwerten, d.h. an einen dritten veräussern zu können.

Die Verwertbarkeit einer Immobilie ist weitgehend abhängig vom Umfang von deren Verwendungsmöglichkeiten, weshalb Objekte extrem individuellen Zuschnitts als Vertragsgegenstand weniger in Frage kommen als solche, die verschiedenen Zwecken dienen können. Wie anhand der Darstellung der einzelnen in der Schweiz gebräuchlichen Modelle von Immobilienleasinggeschäften deutlich wurde⁷, vermochte sich das Immobilienleasing hierzulande als Alternative zur herkömmlichen, für industriell oder gewerblich nutzbare Gebäulichkeiten sehr teuren hypothekarischen Finanzierung zu etablieren. Wohnbauten fallen indessen angesichts der für diese heute günstigen hypothekarischen Finanzierungsmöglichkeiten nicht unter den Anwendungsbereich des Immobilienleasing. Gegenstand von Immobilienleasingverträgen sind heute vorallem Lager- sowie Fabrikationshallen, Einkaufszentren, Supermärkte, Warenhäuser und Verwaltungsgebäude. Neben Büroräumlichkeiten, wenn auch bereits deutlich weniger an Zahl und zumeist in Gestalt ganzer Stockwerkeinheiten, sind schliesslich auch Sportanlagen und Bergbahnen als Vertragsgegenstand anzutreffen. Der Minimalwert des Leasingobjektes beträgt beim Immobilienleasing durchwegs eine Million Franken.

II. Die Vertragsparteien

A) Der Leasinggeber

Als Leasinggeber treten beim Immobilienleasing in der Schweiz ausnahmslos als Tochter- oder Beteiligungsgesellschaften von Gross- oder Kantonalbanken ge-

⁶ RUNGE/BREMSE/ZOELLER 41.

⁷ § 6 III. A-C.

gründete Leasinggesellschaften auf⁸. Diese sind zumeist in die Rechtsform der Aktiengesellschaft gekleidet. Weder das aus dem Investitionsgüterleasing bekannte Herstellerleasing noch das in Frankreich und Deutschland verbreitete System der sogenannten Objektgesellschaften⁹ sind in der Schweiz beim Immobilienleasing anzutreffen. Die schweizerischen Leasinggesellschaften, welche das Immobilienleasing praktizieren, sind entweder auf verschiedene Leasingformen spezialisierte Universalgesellschaften oder ausschliesslich auf das Immobilienleasing ausgerichtete Gesellschaften.

B) Der Leasingnehmer

Indem sich das Immobilienleasing an industrielle oder gewerbliche Unternehmungen richtet, beschränkt sich der Kreis der Leasingnehmer zur Hauptsache auf Kapital- und Personengesellschaften aus Handel, Industrie und Dienstleistung. Einzelpersonen bilden die Ausnahme; dies erstaunt denn auch angesichts des erwähnten Minimalwertes des Leasingobjektes von einer Million Franken wenig.

Für den Entscheid, ob ein Gesuch um Finanzierung einer Immobilie mittels Leasing entsprochen werden kann, müssen seitens des Leasingnehmers verschiedene Bedingungen erfüllt sein. Währenddem beim Immobilienleasing die Gesamtinvestitionskosten eines gewerblich oder industriell nutzbaren Gebäudes durch den Leasinggeber auf 10 bis 30 Jahre hinaus in voller Höhe finanziert werden, erhält der kreditsuchende Unternehmer bei konventioneller Finanzierung für dieselbe Zeitdauer Hypotheken bis zu maximal 60 Prozent aller Investitionskosten zugesprochen. Daraus ergibt sich für die Leasinggesellschaft ein «Risikoüberhang»¹⁰, welcher im Vergleich zu demjenigen einer Bank bei hypothekarischer Finanzierung weitaus grösser ist. Dementsprechend spielt beim Immobilienleasing nicht bloss die Verwertbarkeit sowie die industrielle Nutzungsmöglichkeit des Leasingobjektes, wie dies weitgehend beim Mobilienleasing der Fall ist, sondern ebenso die Bonität des Leasingnehmers eine entscheidende Rolle. «Immobilienleasing setzt» wie Henggeler an gleicher Stelle festhält, «ein gesundes Unternehmen voraus, das seine Leistungsfähigkeit über viele Jahre hinweg unter Beweis gestellt hat und dessen zukünftige Entwicklung eine regelmässige Zahlung des Leasingzinses erwarten lässt.» Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Immobilienleasing als besondere Form der Fremdfinanzierung vorallem aus Gründen der Bilanzstruktur¹¹, der günstigeren Steuer-

⁸ Vgl. § 6 III. B und C.

⁹ Vgl. § 6 II.

¹⁰ HENGGELE 47.

¹¹ Da der Leasingnehmer nicht Eigentümer des Leasingobjektes ist, braucht er dieses nicht in seiner Bilanz zu aktivieren, was sich positiv auf das Verhältnis Eigen-/Fremdkapital auswirkt. Zudem müssen die Leasingzinsen bis heute noch nicht als langfristige Verbindlichkeiten bilanziert werden, wie dies in Amerika der Fall ist.

belastung sowie der Schonung der Liquidität unter Inkaufnahme höherer Fixkosten gegenüber der Eigenfinanzierung und der traditionellen Mischfinanzierung vorgezogen wird.

Die Eigenfinanzierung sowie die traditionelle Mischfinanzierung erlauben in Krisenzeiten, «temporär auf den Ansatz von kalkulatorischen Eigenkapitalzinsen zu verzichten»¹². Die im Falle des Immobilienleasing bei Vertragsabschluss fix bestimmten Kosten, welche höchstens alle fünf Jahre durch eine Anpassung an die aktuellen Zinssätze der Kassenobligationen eine geringfügige Änderung erfahren können, erfordern demgegenüber hohe Ertragschancen des Leasingnehmers; muss dieser den Leasingzins doch sowohl in Zeiten guter als auch in Zeiten schlechter Konjunkturverhältnisse bezahlen können.

Der Kreis der möglichen Leasingnehmer beschränkt sich damit beim Immobilienleasing auf ertragsstarke Firmen in zukunftssträchtigen Branchen, welche, «um die Marktchancen optimal zu nutzen, expandieren und es aus diesem Grund vorziehen, ihre eigenen Mittel nicht zu immobilisieren, sondern sie als effektives Risikokapital in Umsatzfinanzierung, Forschung und Entwicklung sowie Marketing einzusetzen»¹³.

III. Die Vertragsdauer

Der Immobilienleasingvertrag wird auf eine bestimmte Vertragsdauer fest, d.h. grundsätzlich unkündbar abgeschlossen. Diese variiert im allgemeinen zwischen zehn und zwanzig Jahren, wobei auch dreissigjährige Laufzeiten nicht selten anzutreffen sind. Damit stellt der Immobilienleasingvertrag ein Dauerschuldverhältnis dar¹⁴.

Objektive Kriterien, wie die dem Amortisationsplan zugrundeliegenden und von Kanton zu Kanton zum Teil nicht unerheblich voneinander abweichenden steuerrechtlichen Abschreibungssätze, üben neben subjektiven, wie jenes der geplanten Verwendungsdauer des Leasingobjektes durch den Leasingnehmer, wesentlichen Einfluss auf die Bestimmung der Grundvertragszeit aus. Die auf zehn Jahre befristete Vormerkbarkeit des Kaufrechts im Grundbuch findet zudem vorallem beim Modell der A + E Leasing AG, welches ausschliesslich eine Grundlaufzeit von bloss zehn Jahren voraussieht, ihren besonders deutlichen Niederschlag¹⁵.

¹² HENGGELE 47.

¹³ HENGGELE 47.

¹⁴ Vgl. GIGER (2) 90 bezüglich der analogen Situation beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien.

¹⁵ Vgl. § 6 III. 2.

Obwohl der Immobilienleasingvertrag die Parteien bereits ab Datum der Unterzeichnung bindet, setzt die Anrechnung der Grundlaufzeit erst bei Fertigstellung bzw. Übernahme des Leasingobjektes ein. Zu diesem Zeitpunkt ist der Leasingzins auch erstmals geschuldet. Mit Ablauf der Grundvertragszeit ist das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer beendet, ein Anschlussleasingvertrag kann entsprechend den veränderten Bedingungen von den Parteien sogleich neu abgeschlossen werden.

IV. Die Vertragsform

Die Vielfalt von Immobilienleasinggeschäften manifestiert sich heute in einer ebenso grossen Zahl von Formen von Immobilienleasingverträgen.

Entsprechend Art. 11 Abs. 1 OR können Immobilienleasingverträge grundsätzlich formlos abgeschlossen werden¹⁶. Mangels gesetzlich zwingender Formvorschriften vereinbaren dementsprechend die Vertragsparteien jeweiligen autonom die anzuwendende Form; diese variiert denn auch innerhalb des breiten Spektrums von der einfachen Schriftlichkeit bis zur Vormerkung im Grundbuch in dem Falle, da die Vereinbarungen bezüglich des Kaufrechts ebenfalls einen Bestandteil der Leasingvereinbarungen selbst darstellen.

Der Immobilienleasingvertrag ist ein Individual- und kein Formularvertrag, da für dieses Rechtsgeschäft im Unterschied zum Finanzierungsleasing von Mobilien noch keine Standardverträge entwickelt worden sind.

Dies wird besonders auch daran deutlich, dass neben Vertragsbeispielen, welche ausschliesslich die Regelung der Leasingphase zum Inhalt haben, auch solche anzutreffen sind, welche die allfällige Bau- und Leasingphase in einem einzigen Vertragsdokument umfassen. Besser und übersichtlicher wäre es in einem solchen Fall allerdings, was in der Praxis zum Teil auch schon geschieht, den einzelnen Phasen entsprechend separate Verträge anzufertigen und nach deren Inhalt genau zu bezeichnen. Die im Grundbuch vorzumerkenden Vereinbarungen würden sich damit automatisch auf ein Minimum reduzieren. Schliesslich könnte dadurch ebenso der Umweg über die Aufteilung sämtlicher Vertragsabreden in Besondere Vertragsbestimmungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen, wie er von zwei Leasinggesellschaften beschritten wird, vermieden werden, schafft doch eine solche Aufteilung beim Immobilienleasing viel mehr Verwirrung, als dass sie Klärung bringen würde; denn oft beziehen sich die sogenannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Immobilienleasingverträgen auf Rechtsgeschäfte, welche zwischen dem Leasing-

¹⁶ SCHLUEP (I) 826.

geber und dem Leasingnehmer in den Besonderen Vertragsbestimmungen gar nicht erwähnt werden und demnach auch gar nicht bestehen. So kann es beispielsweise geschehen, dass gewisse Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbestimmungen sich auf die Bauphase beziehen, während in Tat und Wahrheit ein bereits bestehendes Gebäude den Gegenstand der eigentlichen Leasingabrede bildet. Zudem ist auch die Bezeichnung ergänzender Vertragsbestimmungen mit «Allgemeine Geschäftsbedingungen» unzutreffend, da damit auf das Vorhandensein eines Standardvertrages geschlossen werden müsste¹⁷, den es beim Immobilienleasing, wie bereits dargelegt¹⁸, noch gar nicht gibt.

Eine phasengerechte Aufteilung der konkreten individuellen Rechtsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer unter Beifügung entsprechender Allgemeiner Geschäftsbedingungen wäre allenfalls durchführbar. Am zweckmässigsten scheint mir jedoch, die Rechtsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer phasengerecht in umfassende Individualverträge zu gliedern, welche in die ihnen jeweiligen zukommende Form gekleidet werden.

V. Die rechtliche Stellung der Vertragsparteien

A) Die Pflichten des Leasinggebers

1. Finanzierung und Erwerb des Leasingobjektes

Im Hinblick auf die vom Leasingnehmer erwünschte Überlassung des Leasingobjektes zum Gebrauch durch den Leasinggeber steht die Finanzierung des Leasingobjektes, d.h. die Bereitstellung der hierfür erforderlichen Kapitalien, an erster Stelle der vom Leasinggeber zu erfüllenden Vertragspflichten. Zur Gewährleistung dieser Gebrauchsüberlassung reicht jedoch allein die hundertprozentige Finanzierung des Leasingobjektes durch den Leasinggeber noch nicht aus, vielmehr ist hierfür zusätzlich seine volle Verfügungsberechtigung am Leasingobjekt in Form eines Eigentumstitels oder zumindest seine beschränkte dingliche Berechtigung daran aufgrund eines selbständigen und dauernden Baurechts¹⁹ erforderlich²⁰. Folglich setzt die dem Zweck des Immobilienleasing entsprechende Vertragserfüllung durch

¹⁷ FORSTMOSER 29.

¹⁸ Vgl. § 4 I.

¹⁹ Art. 779 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 655 Ziff. 2 und 943 Ziff. 2 ZGB.

²⁰ VON PLOETZ 25; SCHUBIGER 28 f.

den Leasinggeber den Erwerb des Leasingobjektes zu Eigentum oder zumindest als Gegenstand eines selbständigen und dauernden Baurechts voraus. Obwohl eine solche Verpflichtung bis auf eine Ausnahme – und dort bloss für den Fall des Erwerbs des Leasingobjektes im Baurecht – in keinem Vertragsmuster explizit festgehalten ist, gehört sie, abgesehen von den eben erwähnten Gründen, wegen der für das Immobilienleasing wesentlichen Einräumung eines durch den Leasingnehmer am Ende der Grundvertragszeit gegenüber dem Leasinggeber ausübbareren echten Kaufsrechtes zu den unabdingbaren Verpflichtungen des Leasinggebers²¹.

2. Überlassung des Leasingobjektes zum Gebrauch

a) Gehörige Erfüllung

Überlassung zum Gebrauch hat die Vermittlung des unmittelbaren Besitzes am Leasingobjekt zum Inhalt, nicht aber die Verfügbarkeit darüber²². Diese bleibt beim Leasinggeber als Eigentümer bzw. Bauberechtigten. Demgegenüber ist zu beachten, dass die Pflicht zur Überlassung des Leasingobjektes zum Gebrauch nirgends vertraglich zwingend dem Leasinggeber überbunden wird. Diese erfolgt denn auch in den meisten Fällen, bei Neubauten sogar immer, durch den Veräusserer bzw. Ersteller des Leasingobjektes und nicht durch den Leasinggeber. Dies lässt sich damit erklären, dass der Leasinggeber mit dem Leasingobjekt oft wenig in Berührung kommt, obwohl er Eigentümer daran geworden ist; denn das Eigentum bzw. das Baurecht daran kann er schon mit der Erfüllung der vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen Formerfordernisse beim Grundstückkauf bzw. Baurechtsvertrag, wie öffentliche Beurkundung²³ sowie Eintragung des Eigentums bzw. Baurechts im Grundbuch²⁴, erwerben. Diese Situation der Spaltung zwischen Überlassungspflicht des Leasinggebers und Übergabepflicht des Veräusserers, wie sie auch für das Immobilienleasing typisch ist²⁵, findet vorallem in den Bestimmungen über die Pflichten des Leasingnehmers, wie sie in allen Immobilienleasingverträgen festgehalten sind, ihren Ausdruck. Dort werden nämlich die Empfängerobliegenheiten gegenüber dem Veräusserer oder Ersteller des Leasingobjektes direkt dem Leasingnehmer auferlegt²⁶.

²¹ SCHLUEP (2) 108.

²² SCHMID OR 253 N 33.

²³ Art. 216 OR bzw. Art. 779a ZGB.

²⁴ Art. 656 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 958 ZGB.

²⁵ Vgl. bezüglich der analogen Situation beim Finanzierungsleasing von Mobilien: GIGER (2) 74.

²⁶ Vgl. § 6 V. 2. d.

B) Rechtsfolgen der nichtgehörigen Erfüllung

Sämtliche Vertragsmuster stimmen hinsichtlich der Gewährleistungspflichten des Leasinggebers insofern grundsätzlich überein, als dieser dem Leasingnehmer bei Störung in dessen Gebrauchsrechten aus Sach- und Rechtsgewährleistung oder unter einem anderen Titel regelmässig bloss in dem Umfang haftet, als ihm selber entsprechende Ansprüche gegenüber dem Veräusserer oder Hersteller des Leasingobjektes zustehen.

Vorbild dieser Regelung waren die Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Finanzierungsleasing von Mobilien betreffend Verteilung der Gewährleistungspflichten zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber²⁷.

In einigen Fällen behält sich der Leasinggeber das Recht vor, auf die Geltendmachung einzelner oder aller Gewährleistungsansprüche zu verzichten, sodass der Leasingnehmer aufgrund der entsprechenden, vom Leasinggeber erteilten Prozessvollmacht, die Ansprüche auf eigene Gefahr, d.h. auf eigene Kosten, jedoch für Rechnung des Leasinggebers durchsetzen muss. In anderen Fällen findet eine eigentliche Abtretung der Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer statt. Die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche durch den Leasingnehmer entbindet diesen allerdings nicht von der Bezahlung des Leasingzinses sowie die Erfüllung der anderen Vertragspflichten. Die Folgen eines verspäteten Bauabschlusses hat der Leasingnehmer in jenem Fall, da er selber Bauherr des Leasingobjektes war, selber zu tragen. Insbesondere hat er auch für eine in diesem Fall entstandene Überschreitung der budgetierten Gesamtinvestitionskosten, zu deren Finanzierung sich der Leasinggeber verpflichtet hat, selber aufzukommen. Für den Leasingnehmer als Bauherrn besteht allerdings die Möglichkeit, den ihm durch Verzögerung der Bauphase oder durch Überschreitung der kalkulierten Kosten entstandenen Schaden bei allfällig haftpflichtigen Dritten selbständig geltend zu machen.

aa) Sachgewährleistung

Die Regelung der Sachgewährleistung nimmt in den einzelnen Immobilienleasingverträgen breiten Raum ein, nicht zuletzt auch deshalb, da sie sich an keinem gesetzlichen Vorbild orientiert²⁸. Allen Immobilienleasingverträgen liegt indessen weitgehend dasselbe Muster zugrunde.

So verpflichtet sich der Leasinggeber zur Nachbesserung und Gewährleistung nur in dem Umfang, wie eine Verpflichtung des betreffenden Herstellers oder Veräusserers besteht, d.h. er tritt seine Gewährleistungsansprüche diesen gegenüber an

²⁷ GIGER (2) 74 ff.; SCHLUEP (2) 110.

²⁸ Vgl. hierzu insbesondere Art. 254 OR.

den Leasingnehmer ab. Weitergehende Ansprüche des Leasingnehmers gegen den Leasinggeber werden regelmässig ausgeschlossen. Diese Regelung ist Ausdruck für die besondere Interessenlage beim Immobilienleasing. Indem der Leasingnehmer das Leasingobjekt seinen Wünschen entsprechend selber aussucht, vom Leasinggeber erstellen lässt oder in Stellvertretung des Leasinggebers als eigentlicher Bauherr das Leasinggebäude erstellt, untersteht dasselbe schon vor der eigentlichen Leasingphase weit mehr unter seiner tatsächlichen Einflussphäre als unter derjenigen des Leasinggebers. Dieser versteht sich vorrangig als Finanzierer des Leasingobjektes. Dies wird besonders im Falle des Erwerbs einer bereits bestehenden Baute zu Eigentum oder als Inhalt eines Baurechts durch den Leasinggeber deutlich, wo sich seine Tätigkeit auf formale Handlungen²⁹ und damit lediglich auf die Erfüllung der Voraussetzungen zur Erlangung der «nuda proprietas»³⁰ beschränkt; denn die tatsächliche Herrschaft über das Leasingobjekt wird direkt vom Hersteller bzw. Veräusserer auf den Leasingnehmer übertragen. Sodann ist der Leasingnehmer beim Immobilienleasing nicht bloss über die Zweckdienlichkeit des Leasingobjektes besser im Bilde, sondern er verfügt zumeist auch über mehr für den Bau des Leasingobjektes erforderliche fachtechnische Erfahrungen. Insofern scheint mir die Abwälzung der Geltendmachung und Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche auf den Leasingnehmer beim Immobilienleasing gerechtfertigt.

aaa) Wandelung

Hat der Leasinggeber das Leasingobjekt von einem Dritten käuflich erworben oder von einem Unternehmer erstellen lassen, so ist der Leasingnehmer bei Mängeln, welche das Leasingobjekt unbrauchbar machen, berechtigt, auf Wandelung des Kaufvertrages zwischen dem Leasinggeber und dem Dritten mit Wirkung ex tunc zu klagen³¹ bzw. die Annahme zu verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz zu fordern³².

bbb) Minderung

Sowohl beim Grundstückkaufvertrag als auch beim Werkvertrag ist der Leasingnehmer aufgrund der vom Leasinggeber übertragen erhaltenen gesetzlichen Gewährleistungsansprüche zur Klage auf Minderung des Preises berechtigt³³. Obwohl in keinem Vertragsmuster für diesen Fall eine Leasingzinsanpassung ausdrücklich

²⁹ Vgl. § 7 V. A 1. a.

³⁰ Vgl. bezüglich der analogen Situation beim Finanzierungsleasing von Mobilien: GIGER (2) 76.

³¹ Art. 221 in Verbindung mit Art. 205 Abs. 1 OR.

³² Art. 368 Abs. 1 OR.

³³ Art. 205 Abs. 2 und Art. 368 Abs. 2 OR.

vorgesehen ist, ergibt sich eine solche zwangsläufig aus dem Charakter des Leasingzinses. Die durch den Leasinggeber zu finanzierenden Investitionskosten stellen die Grundlage zur Berechnung des Leasingzinses dar. Eine Verminderung aller Investitionskosten führt folglich auch zur Verminderung des zu leistenden Leasingzinses.

ccc) Nachbesserung

Die Frage nach dem Nachbesserungsanspruch des Leasingnehmers, d.h. ursprünglich des Leasinggebers beim Immobilienleasing beantwortet das Gesetz für jenen Fall eindeutig positiv, da das Leasingobjekt aufgrund eines Werkvertrages erstellt worden ist³⁴. Auf die entsprechende Frage für den Fall, da das Leasingobjekt vom Leasinggeber käuflich erworben wurde, liefert das Gesetz keine klare Antwort.

Ob gemäss den Gewährleistungsbestimmungen des Fahrniskaufrechtes, – welche analog auf den Grundstückkauf anwendbar sind³⁵ –, dem Käufer ein Nachbesserungsrecht im Falle mangelhafter Lieferung zusteht, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten³⁶. Die bezüglich dieser Frage bejahende Interpretation dieser Bestimmungen durch GIGER scheint mir auch für den Grundstückkauf beim Immobilienleasing zutreffend, stellen doch dabei die Gebäulichkeiten als Vertragsobjekt in besonderem Masse ein den individuellen Wünschen des Leasingnehmers entsprechende Speziessache dar, deren Qualität zum typischen Vertragsinhalt gehört.

Der Leasingnehmer will die Gebäulichkeiten uneingeschränkt gebrauchen können. Dies weiss der Veräusserer des Leasingobjektes, da der Leasingnehmer mit diesem vor oder während dessen Vertragsverhandlungen mit dem Leasinggeber in Kontakt tritt. Demzufolge ist dem Leasingnehmer gegenüber dem Veräusserer des Leasingobjektes analog zu Art. 367 OR ein Anspruch auf Nachbesserung durch den Richter solange zuzusprechen, als damit die verbundenen Kosten für den Veräusserer nicht übermässig hoch oder gar in der Höhe des ursprünglichen Kaufpreises zu stehen kommen.

bb) Geltendmachung der Schadenersatzansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem Veräusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes

Betrafen die Ausführungen unter den vorangegangenen Abschnitten aaa)–ccc) die Geltendmachung der dem Leasinggeber gegenüber dem Veräusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes zustehenden Gewährleistungsansprüche durch den Leasing-

³⁴ Art. 368 Abs. 2 OR.

³⁵ Art. 221 in Verbindung mit Art. 205 Abs. 1 OR.

³⁶ Vgl. hierzu die Spezialliteratur zum Kaufvertrag, insbesondere GIGER (3) OR 205 N 33 ff.

nehmer, so stellt sich auch noch die Frage nach der Geltendmachung desjenigen Schadens, der dem Leasingnehmer selber dadurch entstanden ist, dass der Veräusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes den mit dem Leasinggeber abgeschlossenen Kauf- bzw. Werkvertrag nicht richtig erfüllt hat.

Es ist davon auszugehen, dass zwischen dem Veräusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes und dem Leasingnehmer keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Der Dritte hat lediglich mit dem Leasinggeber vertragliche Vereinbarungen getroffen, weshalb es grundsätzlich bloss letzterem zusteht, gemäss Art. 208 bzw. Art. 368 OR Schadenersatzansprüche geltend zu machen, die ihn selber betreffen. Dementsprechend bestünde für den Leasingnehmer keine Möglichkeit, neben den durch Abtretung erteilten Ansprüchen des Leasinggebers auf Gewährleistungsrecht eigene Ansprüche für erlittenen Schaden infolge nichtgehöriger Erfüllung des Kauf- bzw. Werkvertrages durch den Dritten geltend zu machen.

Das Problem der sogenannten Drittschadensliquidation lässt sich auf zwei verschiedene Arten lösen. Gemäss der vorallem in Deutschland entwickelten Theorie der Schadensliquidation im Drittinteresse³⁷ kann der Leasinggeber selber den Anspruch für denjenigen Schaden, der dem Leasingnehmer infolge nichtgehöriger Erfüllung des Kauf- bzw. Werkvertrages durch den Dritten entstanden ist, aus Vertrag geltend machen. Diesen Anspruch kann der Leasinggeber schliesslich zusammen mit den ihm selber zustehenden Gewährleistungsansprüchen an den Leasingnehmer abtreten. Abgesehen davon, dass die Meinungen betreffend dieser Theorie in der Schweiz noch sehr kontrovers sind³⁸, lässt sich das Problem der Geltendmachung des vom Leasingnehmer beim Immobilienleasing erlittenen Drittschaden aber auch durch Ergänzung des Vertrages zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer gemäss Vertrauensprinzip lösen, und zwar, wie SCHLUEP festhält, einfacher und ebenso richtig³⁹.

Dabei ist vom inneren Zusammenhang des Kauf- bzw. Werkvertrages einerseits und des Leasingvertrages andererseits auszugehen, der vorallem darin besteht, dass der Leasinggeber das Leasingobjekt nur deshalb kauft bzw. erstellen lässt, da er weiss, dieses anschliessend dem Leasingnehmer verleasen zu können. Dies geht für den Dritten regelmässig aus den Verhandlungen mit dem Leasinggeber sowie aus seiner Pflicht, die Gebäulichkeiten dem Leasingnehmer und nicht dem Leasinggeber zu übertragen, explizit hervor. Für den Dritten wird dadurch deutlich, dass ein Sachmangel am Leasingobjekt oder verspätete Erfüllung in erster Linie den Leasingnehmer treffen wird. Entsprechend dieser Situation lässt sich der Vertrag zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer dahin ergänzen, dass mit der Abtretung der Ansprüche des Leasinggebers gegenüber dem Dritten an den Leasingnehmer

³⁷ Vgl. SCHLUEP (1) 824, dort zitiert: MEDICUS 384 ff., VON CAEMMERER 341 ff. und die dort zitierten Autoren; GIGER (2) 79 und die dort zitierten Autoren.

³⁸ Vgl. insbesondere GIGER (2) 79; OFTINGER 65 f.

³⁹ SCHLUEP (2) 110 und 112.

nicht nur jene Ansprüche, welche dem Leasinggeber allein aus Gewährleistungsrecht, sondern auch jene, die dem Leasingnehmer selber infolge mangelhafter Erfüllung des Dritten zustehen, übergehen.

Sowohl nach der Theorie der Schadensliquidation im Drittinteresse als auch bei Anwendung des Vertrauensprinzips als Methode zur Ergänzung des Leasingvertrages ist jedoch regelmässig zu prüfen, ob der Dritte als Veräusserer des Leasingobjektes bei Abschluss des Kaufvertrages mit dem Leasinggeber seine Gewährspflicht allenfalls wegbedungen hat. Trifft dies zu, so ist dem Leasingnehmer die Möglichkeit genommen, seine Ansprüche dem Dritten gegenüber geltend zu machen, gleichgültig, ob er der Wegbedingung zugestimmt hat oder nicht, denn vom Leasinggeber lassen sich auf den Leasingnehmer nicht mehr Rechte übertragen, als jener selber hat⁴⁰.

cc) Rechtsgewährleistung

Entsprechend den Vereinbarungen bezüglich der Sachgewährleistung haftet beim Immobilienleasing der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer aus Rechtsgewährleistung grundsätzlich ebenfalls insoweit, als ihm selbst entsprechende Ansprüche zustehen.

Bezüglich der Geltendmachung der Ansprüche aus Rechtsgewährleistung finden sich in den einzelnen Vertragsbeispielen keine spezifischen Regelungen; die einzelnen Leasinggesellschaften behalten sich vielmehr einfach den grundsätzlichen Verzicht auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen – gleichgültig, ob aus Sach- oder Rechtsgewähr – bei rechtzeitiger Mitteilung an den Leasingnehmer vor, damit dieser die Ansprüche auf eigene Gefahr, aber für Rechnung des Leasinggebers durchsetzen kann.

Bei der Frage nach der Zulässigkeit dieser generellen Regelung hinsichtlich der Geltendmachung von Ansprüchen aus Rechtsgewährleistung im speziellen ist erneut davon auszugehen, dass die Stellung des Leasinggebers als Eigentümer des Leasingobjektes während der ganzen Vertragsdauer derjenigen des Vermieters im Sinne von Art. 253 ff. OR entspricht. Demzufolge findet grundsätzlich auch Art. 258 OR per analogiam Anwendung auf den Immobilienleasingvertrag. Gemäss dieser ebenfalls dispositiven Bestimmung ist der Vermieter, wenn ein Dritter auf die gemietete Sache einen Anspruch erhebt, verpflichtet, auf Anzeige des Mieters hin den Rechtsstreit zu übernehmen und wegen Störung des Mieters in der vertragsmässigen Benützung des Mietgegenstandes diesem Schadenersatz zu leisten. Beim Immobilienleasing wird somit die Regelung betreffend Geltendmachung und Durchsetzung der Ansprüche aus Rechtsgewährleistung von den Parteien in einem den entsprechenden dispositiven Gesetzesvorschriften entgegengesetzten Sinne

⁴⁰ SCHLUEP (2) 110, dort zitiert von VON BÜREN 326, BUCHER 495.

getroffen. Bei der Prüfung der Zulässigkeit dieser von den Parteien autonom getroffenen Regelung ist die Frage, ob die entsprechenden dispositiven Vorschriften des Gesetzes angesichts der besonderen Verhältnisse beim Immobilienleasing die diesem Rechtsgeschäft einzig adäquate Lösung darstellen oder nicht, grundsätzlich irrelevant; auch die besondere Regelung der Rechtsgewährleistung erfolgt beim Immobilienleasing – der Immobilienleasingvertrag stellt einen Individualvertrag dar – durch Vollerklärung beider Parteien. Dass die für das Immobilienleasing – wie übrigens auch für das Finanzierungsleasing von Mobilien – typische Regelung der Rechtsgewährleistung jedoch sehr wohl der Interessenlage der Parteien entspricht, wird denn auch besonders daran deutlich, dass der Leasingnehmer auch hier zu meist den Lieferanten des Leasingobjektes als zukünftigen Vertragspartner des Leasinggebers auswählt und nicht selten mit ihm auch die Einzelheiten des abzuschliessenden Geschäftes bespricht⁴¹.

Bezüglich der Frage, wer dem seine Rechte anmeldenden Dritten gegenüber treten muss, äussern sich die einzelnen Vertragsbeispiele nicht explizit. Aufgrund der oben erwähnten Ähnlichkeit der Stellung des Leasinggebers mit derjenigen des Vermieters findet auch diesbezüglich Art. 258 OR analoge Anwendung. Der Leasinggeber hat als Eigentümer des Leasingobjektes im Entwehrungsprozess gegen den seine behaupteten Rechte geltendmachenden Dritten den Rechtsstreit zu übernehmen.

c) Die Einräumung eines Kaufrechts

«Das Kaufrecht ist die durch Rechtsgeschäft begründete Befugnis, eine Sache innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen nach Belieben oder unter bestimmten Voraussetzungen zu den festgelegten Bedingungen käuflich zu erwerben»⁴². Wie ganz allgemein in Kontinentaleuropa gehört auch in der Schweiz zu den Wesensmerkmalen des Immobilienleasing die Einräumung eines solchen Kaufrechtes am Leasingobjekt durch den Leasinggeber zugunsten des Leasingnehmers bei Abschluss des Immobilienleasingvertrages. Oft wird das Kaufrecht, welches regelmässig in einem separaten, jedoch einen integrierenden Bestandteil des Immobilienleasingvertrages darstellenden Kaufrechtsvertrag vereinbart wird, von den Vertragsparteien analog der ebenfalls in der Lehre anzutreffenden Terminologie⁴³ auch Kaufsoption bzw. Optionsrecht genannt.

Während in Deutschland das Kaufrecht beim Immobilienleasing vom Leasingnehmer nur gegen Bezahlung eines bestimmten Preises, welcher im Kaufrechtsfall wieder angerechnet wird, erworben werden kann, erhält der Leasingnehmer heute⁴⁴

⁴¹ Vgl. bezüglich der analogen Frage beim Finanzierungsleasing von Mobilien: GIGER (2) 80 f.

⁴² MEIER-HAYOZ ZGB 683 N 16.

⁴³ HAAB ZGB 683 N 1; MEIER-HAYOZ ZGB 683 N 17.

⁴⁴ Das Modell Zentra-Ver räumte dem Leasingnehmer ein Kaufrecht nach deutschem Muster ein.

in der Schweiz diese Befugnis bei Vertragsabschluss unentgeltlich zugesprochen. Ziffernmässig bestimmt sich das Kaufsrecht jeweils nach dem Restwert des Leasingobjektes, d.h. gemäss dem im Moment der Ausübung des Kaufsrechtes massgeblichen Kapitalsaldo, welcher sich aufgrund des bei Vertragsabschluss vereinbarten Amortisationssatzes jederzeit genau berechnen lässt. Oft vereinbaren die Parteien, dass das Kaufsrecht schon nach einer bestimmten Anzahl Jahre, welche die Dauer der ursprünglich vereinbarten Grundvertragszeit noch nicht erreicht, ausgeübt werden kann; je nach Amortisationsplan und Anzahl Jahre kann der Leasingnehmer sodann das Leasingobjekt zum Preis von 50 bis 70 Prozent aller Investitionskosten übernehmen⁴⁵. Dies geschieht in der Regel durch Übernahme der 1. Hypothek sowie durch Bezahlung der die 1. Hypothek übersteigenden und noch nicht amortisierten Investitionskosten an den Leasinggeber.

In der Regel kann der Leasingnehmer gemäss den Vertragsmustern die Vormerkung des Kaufsrechts im Grundbuch vornehmen lassen⁴⁶, allerdings auf seine eigenen Kosten. Übersteigt die Grundvertragszeit die vom Gesetz für das Kaufsrecht zwingend auf zehn Jahre begrenzte Eintragsfrist⁴⁷, so kann der Leasingnehmer nach Ablauf von zehn Jahren erneut die Vormerkung im Grundbuch verlangen. Meines Erachtens sollte vorallem aus Gründen der Sicherheit des Leasingnehmers die Möglichkeit der Vormerkung seines Kaufsrechts im Grundbuch immer gegeben sein⁴⁸.

B) Die Pflichten des Leasingnehmers

Wie vorne⁴⁹ bereits erwähnt, trifft der Leasingnehmer beim Immobilienleasing im allgemeinen bloss mit dem Leasinggeber vertragliche Vereinbarungen. Von diesem Grundsatz weichen allerdings jene Fälle ab, da der Leasingnehmer für die Erstellung des Leasingobjektes selber als Generalunternehmer bzw. als indirekter Stellvertreter des Leasinggebers mit den Bauunternehmern vertragliche Vereinbarungen im Sinne von Art. 363 ff. OR trifft. Die einzelnen für das Immobilienleasing typischen Vertragspflichten, welche der Leasingnehmer aus der Leasingabrede gegenüber dem Leasinggeber zu erfüllen hat, werden nachfolgend der Reihe nach dargestellt.

⁴⁵ Die Ausübung des Kaufsrechtes vor Amortisation bis auf mindestens 70 Prozent aller Investitionskosten ist in den meisten Fällen ausgeschlossen.

⁴⁶ Beim Modell A + E Leasing verzichten die Parteien ausdrücklich auf die Vormerkung des Kaufsrechts im Grundbuch.

⁴⁷ Vgl. Art. 683 Abs. 2 ZGB.

⁴⁸ Vgl. § 16 II. A.

⁴⁹ Vgl. § 5 I.

1. Zahlung des Leasingzinses sowie der zusätzlichen Vertragskosten

a) Der Leasingzins

Im Vordergrund der vom Leasingnehmer zu erbringenden Vertragsleistungen steht die Zahlung des Leasingzinses. Dieser setzt sich zusammen aus:

- den Finanzierungskosten, d.h. den Zinsen, welche der Leasinggeber für die Finanzierung sämtlicher Investitionskosten aufzubringen hat;
- den Amortisationszahlungen, welche in der Regel den steuerrechtlich zulässigen Abschreibungssätzen entsprechen, sowie
- dem Unternehmergewinn für den Leasinggeber.

Erstmals ist der Leasingzins bei Übernahme des Leasingobjektes zu bezahlen, d.h. bei Beginn der Grundlaufzeit⁵⁰. Alle weiteren Zahlungen entrichtet der Leasingnehmer je nach der individuellen Vertragsgestaltung entweder viertel- oder halbjährlich für die folgende Leasingperiode. Es handelt sich dementsprechend durchwegs um praenumerando Zahlungen⁵¹. Für den Fall, dass sich zwischen Vertragsabschluss und Übernahme des Leasingobjektes durch den Leasingnehmer der Umfang der Investitionskosten gegenüber den veranschlagten Kosten nach oben oder nach unten verändert haben sollte⁵², sehen sämtliche Vertragsmuster eine entsprechende Anpassung des Leasingzinses vor. Der Leasingzins enthält keinerlei Entschädigung gegenüber dem Leasinggeber für Unterhalts-, Instandstellungs- oder Anpassungsarbeiten. Der Leasingzins ist auch geschuldet, wenn das Leasingobjekt infolge höherer Gewalt oder infolge Beschädigung durch Dritte nicht benutzt werden kann.

b) Zusätzliche Vertragskosten

Neben dem regulären Leasingzins hat der Leasingnehmer – je nach Vertrag – zusätzliche Zahlungen zu leisten. Zu diesen gehört, – dort, wo verabredet –, eine einmalige Abschlussgebühr, welche im Umfange von maximal 1 bis 1,5 Prozent aller Investitionskosten bei Vertragsabschluss zu entrichten ist. Stellt das Leasingobjekt den Gegenstand eines Baurechtsvertrages dar, so werden die vom Leasinggeber zu leistenden Baurechtszinsen direkt dem Leasingnehmer als zusätzliche Kosten be-

⁵⁰ Vgl. Abschnitt III. dieses Paragraphen.

⁵¹ SCHLUEP (I) 820.

⁵² Dies ist grundsätzlich nur in jenem Fall möglich, da das Leasingobjekt erst noch hergestellt werden muss.

lastet. Ebenso gehören zu den vom Leasingnehmer zu tragenden zusätzlichen Vertragskosten sämtliche Gebühren, Abgaben und Objektsteuern. Sie werden vom Leasingnehmer zufolge seiner eigentümerähnlichen Stellung am Leasingobjekt erhoben⁵³.

2. *Sorgfaltspflicht und Gebrauch*

a) Sorgfaltspflicht

Gemäss allen diesen Untersuchungen zur Verfügung stehenden Immobilienleasingverträgen hat der Leasingnehmer bei Gebrauch des Leasingobjektes pflichtgemässe Sorgfalt und billige Rücksicht auf die Nachbarn im Sinne von Art. 261 Abs. 1 OR zu üben.

Pflichtgemäss handelt er bei sachgemässer sowie zweckbestimmter Verwendung der geleasteten Gebäulichkeiten. Missbrauch sowie Überbelastung derselben stellen beim Immobilienleasing eine Sorgfaltspflichtverletzung dar. Für Schäden oder Wertverminderung, die auf eine Sorgfaltspflichtverletzung zurückzuführen sind, wird der Leasingnehmer dem Leasinggeber gegenüber ersatzpflichtig.

b) Gebrauch des Leasingobjektes

Grundsätzlich darf das Leasingobjekt nur zum Zweck, wie er zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer vereinbart worden ist, benützt werden. Vermietung sowie Änderung des Bestimmungszweckes bedürfen regelmässig der vorgängigen Zustimmung des Leasinggebers.

Bei der Mitverwendung der geleasteten Gebäulichkeiten durch dem Leasingnehmer nahestehende Personen oder Gesellschaften – beispielsweise andere Konzerngesellschaften – sowie bei der Vermietung von nicht längerer Dauer als einem Jahr wird vom Erfordernis der Zustimmung seitens des Leasinggebers allerdings in den meisten Fällen abgesehen.

3. *Unterhalt und Reparaturen*

Sämtliche dieser Untersuchung zur Verfügung stehenden Vertragsmuster übertragen in ausdrücklicher Abweichung von Art. 254, 255 und 263 Abs. 2 OR dem Leasingnehmer die Pflicht, auf seine eigenen Kosten das Leasingobjekt sorgfältig

⁵³ Vgl. hierzu: Kreisschreiben der Konferenz staatlicher Steuerberater vom 2. Februar 1980, in MASSHARDT 47 ff.: «Der Leasinggeber selbst trägt bloss die ihm als Folge seines Eigentums am Leasingobjekt zustehende ordentliche Staats- und Gemeindesteuer.»

zu unterhalten, in einem zum vertragsgemässen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten sowie im Bedarfsfalle alle notwendig werdenden Instandstellungs- und Reparaturarbeiten daran vornehmen zu lassen.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer solch rigorosen Pflichtverteilung zu lasten des Leasingnehmers ist davon auszugehen, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer das Leasingobjekt lediglich zum Gebrauch und nicht zu Eigentum überlässt. Obwohl die Rechtsstellung des Leasinggebers derjenigen des Vermieters⁵⁴ ähnlich ist und die mietrechtlichen Bestimmungen deshalb auf den Immobilienleasingvertrag zumindest analoge Anwendungen finden könnten, solange sich dies mit dem Immobilienleasinggeschäft vereinbaren lässt, steht es den Vertragsparteien infolge der dispositiven Natur von Art. 254, 255 und 263 OR⁵⁵ frei, eine vom Gesetz abweichende Regelung der Unterhalts- und Reparaturpflichten zu treffen. Zudem verträgt sich die in den einzelnen Vertragsmustern getroffene Regelung mit dem Wesen des Immobilienleasing weit besser als die im Gesetz vorgesehene Pflichtverteilung zwischen Mieter und Vermieter. Wohl hätte der Leasinggeber – würde man ihn einem gewöhnlichen Vermieter vorbehaltlos gleichsetzen – als Eigentümer des Leasingobjektes grundsätzlich für grössere Reparaturen aufzukommen, ist der Vermieter doch verpflichtet, die Sache in einem zu dem vertragsgemässen Gebrauch geeigneten Zustand zu übergeben und während der Mietzeit in demselben zu erhalten⁵⁶. Da das vom Leasinggeber finanzierte Leasingobjekt jedoch ein Vertragsobjekt darstellt, welches vornehmlich den individuellen Bedürfnissen des Leasingnehmers entspricht, sind für den Leasinggeber die möglichen Schäden nach Art und kostenmässigem Umfang schwer voraussehbar; eine wirtschaftlich optimale Versicherung hierfür abzuschliessen stellt den Leasinggeber unter Umständen vor schwierige Probleme⁵⁷. Auch wäre eine generelle Erhöhung des Leasingentgeltes für allfällige Unterhalts- sowie Reparaturarbeiten durch den Leasinggeber schwer durchführbar. Wie HERBER⁵⁸ bereits allgemein für das Finanzierungsleasing festhält, ist der Leasinggeber zumeist gar nicht in der Lage, Unterhalt, Wartung sowie Reparaturen am Leasingobjekt selbst zu übernehmen oder ausführen zu lassen. Dies trifft für das Immobilienleasing angesichts des bisweilen ausgesprochen individuellen Charakters des Leasingobjektes in besonderem Mass zu. Zudem verfügt der Leasingnehmer gerade beim Immobilienleasing als Benützer des Leasingobjektes oft über weit bessere Kenntnisse betreffend die erforderlichen Unterhaltsarbeiten sowie über die hierfür allenfalls in Frage kommenden Unternehmer und Handwerker. Deshalb erscheint es als zweckmässiger, dass der Leasingnehmer, in dessen unmittelbarer Herrschaft sich das Leasingobjekt befindet, die Pflicht zu Unterhalt und Reparatur auf eigene Rechnung übertragen erhält.

⁵⁴ Vgl. Art. 253 OR sowie die Abschnitte V. A 1. und 2. dieses Paragraphen.

⁵⁵ JEANPRÉTRE 271 f.

⁵⁶ Art. 254 Abs. 1 OR.

⁵⁷ Vgl. die analoge Situation beim Finanzierungsleasing von Mobilien: GIGER (2) 84.

⁵⁸ HERBER 50 und 63.

Auch wenn die Regelung betreffend den Unterhalt und der Reparaturen am Leasingobjekt beim Immobilienleasing von der entsprechenden Regelung beim Mietvertrag nach Art. 253 ff. OR abweicht, so liegt, wie die vorliegenden Ausführungen gezeigt haben, die Unterschiedlichkeit vor allem im Formellen und nicht im Materiellen. Während der Vermieter bei der gewöhnlichen Miete die Kosten für Reparatur und Unterhalt aufgrund seiner eigenen Erfahrungen von vorneherein bei der Kalkulation des Mietzinses miteinbezieht, ist der Leasingzins völlig frei von einem solchen approximativ berechneten Unterhalts- bzw. Reparaturbeitrag. Die effektiv anfallenden Kosten hat der Leasingnehmer damit nicht indirekt mittels Leasingzins und via Leasinggeber, sondern direkt dem Unternehmer oder Handwerker selbst zu bezahlen.

4. Die Empfängerobliegenheiten des Leasingnehmers gegenüber dem Lieferanten

Die vertraglichen Beziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer auferlegen letzterem Pflichten nicht bloss gegenüber dessen Vertragspartner, sondern auch gegenüber dem Dritten, dem Veräusserer oder Hersteller der Gebäulichkeiten, mit welchem der Leasinggeber allein oder zusammen mit dem Leasingnehmer in rechtsgeschäftlicher Verbindung steht.

Da das Leasingobjekt vom Dritten direkt dem Leasingnehmer übergeben wird, hat dieser sämtlichen Obliegenheiten des Empfängers einer gelieferten Sache, wie sie in Art. 201 bzw. Art. 367 Abs. 1 OR für den Käufer bzw. Bauherrn vorgesehen sind, gegenüber dem Veräusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes nachzukommen, und zwar auf eigene Kosten.

Zu den Empfängerobliegenheiten des Leasingnehmers bei Übernahme des Leasingobjektes gehört zunächst die Überprüfung desselben auf Mängel und Projektabweichungen. Diese Überprüfung findet ihren Abschluss in der Genehmigung des Bauwerkes in Form eines Übernahmeprotokolls, welches vom Veräusserer bzw. Hersteller, vom Leasingnehmer sowie vom Leasinggeber oder einem Vertreter desselben zu unterzeichnen ist. Allfällige Mängelrügen sind vom Leasingnehmer wiederum allein mit eingeschriebenem Brief an den Veräusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes zu richten⁵⁹.

Schliesslich hat der Leasingnehmer vor Ablauf der Garantiefrist, spätestens jedoch zwei Jahre nach Übernahme des Bauwerkes, auf eigene Rechnung und Gefahrtragung dafür besorgt zu sein, dass eine Garantieabnahme des Bauwerkes im Beisein eines Vertreters des Leasinggebers stattfindet. Während die Geltendmachung der Baugarantieansprüche je nach Vertrag entweder Sache des Leasinggebers selber oder des Leasingnehmers ist, sind Gewährleistungsansprüche für später auftretende Mängel immer durch den Leasingnehmer selber, d.h. auf dessen eigene Kosten geltend zu machen.

⁵⁹ Vgl. oben Abschnitt V. a 2. b aa dieses Paragraphen.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Übertragung von Empfängerobliegenheiten auf den Leasingnehmer lässt sich aus dem Wesen des Immobilienleasinggeschäftes heraus positiv beantworten: Obwohl der Leasinggeber Käufer oder Bauherr der Gebäulichkeiten ist und Eigentümer bzw. Bauberechtigter daran wird, liegt das Interesse für sein Tätigwerden nicht in unmittelbarem Besitz am Leasingobjekt, sondern lediglich in der Finanzierung desselben. Seine Eigentümer- bzw. Bauberechtigtenstellung ist lediglich die Konsequenz der von ihm zu hundert Prozent erbrachten Finanzierung des Leasingobjektes, welche in erster Linie als Sicherheit für sein finanzielles Engagement dient. Der unmittelbare Besitz am Leasingobjekt, d.h. die uneingeschränkte Möglichkeit, dieses zu gebrauchen⁶⁰, steht gänzlich dem Leasingnehmer zu. Die Initiative zum Kauf oder zur Erstellung der geleasteten Gebäulichkeit gehen von diesem aus; dabei werden vorallem auch seine individuellen Wünsche weitestgehend berücksichtigt. Allein deshalb schon sowie zusätzlich aufgrund der Tatsache, dass der Leasingnehmer durch sein Interesse am Leasingobjekt oft in weit höherem Masse beurteilen kann, ob die ausgewählte bzw. neuerstellte Gebäulichkeit vereinbarungsgemäss abgeliefert bzw. errichtet worden ist oder nicht, erscheint eine solche Aufgabenverteilung beim Immobilienleasing als vertretbar.

5. Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche durch den Leasingnehmer

Vergleiche hiezu die Ausführungen unter § 7 V. A 2. aa und bb.

VI. Verzug, Gefährdung der Forderungsrechte des Leasinggebers sowie andere Vertragsverletzungen durch den Leasingnehmer

A) Verzug und Gefährdung der Forderungsrechte des Leasinggebers durch den Leasingnehmer

Die Bedeutung der vereinbarungsgemässen Zahlung des Leasingzinses durch den Leasingnehmer kommt beim Immobilienleasing vorallem dadurch zum Ausdruck, dass die einzelnen Verträge den Bestimmungen über die Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Vertragspflicht breiten Raum gewähren.

Als Verletzung der Zahlungspflicht gelten neben dem Zahlungsverzug regelmässig auch jene Veränderungen der wirtschaftlichen Lage des Leasingnehmers, welche

⁶⁰ SCHLUEP (I) 819.

eine Gefährdung der Forderungsrechte des Leasinggebers zur Folge haben; eine solche liegt gemäss allen Vertragsmustern namentlich dann vor, wenn der Leasingnehmer zahlungsunfähig wird, ein Nachlassstundungsgesuch einreicht, Wechsel zu Protest gehen lässt, gepfändet wird oder in Konkurs gerät. Indem beim Immobilienleasing das Entgelt für die einzelnen Leasingperioden immer bis zu einem bestimmten Termin vom Leasingnehmer entweder direkt an den Leasinggeber oder an eine dritte Bank bezahlt werden muss, liegt mit dem Immobilienleasingvertrag immer auch ein Verfalltagsgeschäft im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vor⁶¹. Werden die im Zahlungsplan vorgesehenen Zahlungstermine nicht eingehalten, so ist der Leasinggeber berechtigt, dem Leasingnehmer ohne vorherige Mahnung einen Verzugszins zu verlangen, welcher je nach Vertrag zu den jeweiligen auf den Kapitalmarkt herrschenden Verhältnissen zwischen fünf und neun Prozent per annum beträgt⁶².

Alle Verträge sehen vor, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer im Verzugsfall gemäss gesetzlicher Vorschrift⁶³ eine angemessene Nachfrist einräumt; diese wird in den meisten Fällen schon bei Vertragsabschluss auf 30 Tage festgesetzt. Kommt der Leasingnehmer bis zum Ablauf dieser Nachfrist seinen Zahlungspflichten immer noch nicht nach, oder ist die Bonität des Leasingnehmers bis zu diesem Zeitpunkt aus oben erwähnten Gründen weiterhin gefährdet, so stehen dem Leasinggeber die in Art. 107 ff. OR umschriebenen Möglichkeiten der Vertragsabwicklung zur Verfügung.

1. Sofortige Vertragsauflösung

Da der Immobilienleasingvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellt, bedeutet dessen Auflösung Rücktritt vom Vertrag im Sinne einer Kündigung mit Wirkung ex nunc⁶⁴.

Dem Leasinggeber steht es demnach bloss zu, Ersatz für den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schaden zu verlangen. Bei der Beurteilung, ob es sich dabei um die Geltendmachung des positiven oder negativen Vertragsinteresses handelt, ist Folgendes zu berücksichtigen: Die Geltendmachung des negativen Interesses würde bedeuten, durch Zahlung von Schadenersatz den Status der Vertragsparteien vor Abschluss des Vertrages wieder herzustellen⁶⁵. Dies ist bei einem Austauschverhältnis, wie der Kauf eines darstellt, in der Regel ohne grössere Probleme realisierbar⁶⁶. Dort erfolgt die Rückerstattung der vom Käufer an den Käufer erbrachten Leistung durch Rückgabe des Kaufobjektes, und zwar in Form einer Natural-

⁶¹ Vgl. VON THUR/ESCHER 138 f.

⁶² Art. 103 OR ist dispositiver Natur, vgl. Pra 69 (1980 Nr. 27).

⁶³ Vgl. Art. 107 Abs. 2 OR.

⁶⁴ GUHL/MERZ/KUMMER 273; OSER/SCHÖNENBERGER OR 265 N 14; THUR/ESCHER 168 ff.

⁶⁵ Vgl. Ausführungen unter III. dieses Paragraphen.

⁶⁶ SCHUBIGER 63.

leistung. Beim Immobilienleasingvertrag hingegen, welcher ein Dauerschuldverhältnis darstellt, dessen Hauptleistung seitens des Leasinggebers in der Gebrauchsüberlassung besteht, ist eine Rückerstattung derselben in natura seitens des Leasingnehmers gar nicht mehr möglich. Der Leasinggeber ist indessen daran interessiert, durch Leistung von Schadenersatz durch den Leasingnehmer so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag bis zum Moment der Vertragsauflösung richtig erfüllt worden wäre.

Die einzelnen Vertragsbestimmungen betreffend Berechnung des Schadenersatzanspruches bei Dahinfallen des Immobilienleasingvertrages tragen dieser Besonderheit dadurch Rechnung, dass sie unter Verzicht auf das negative Vertragsinteresse den Leasingnehmer verpflichten, Ersatz für den gesamten aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schaden zu leisten. Dieser entspricht sodann, wie die oben angestellten Darlegungen gezeigt haben, dem positiven Vertragsinteresse. Bei Auflösung des Vertrages ist der Leasinggeber berechtigt, vom Leasingnehmer zudem die Räumung des Leasingobjektes innerhalb einer bereits bei Vertragsabschluss bestimmten Frist, diese beträgt zumeist neunzig Tage, zu verlangen. Der in diesem Fall vom Leasingnehmer zu leistende Schadenersatz bemisst sich nach der sogenannten Differenztheorie⁶⁷. Er setzt sich sodann wie folgt zusammen:

- Summe der bis zum ordentlichen Vertragsablauf noch ausstehenden Leasingzinsen, abzüglich:
 - Marktüblicher Diskont
 - Differenz zwischen Nettoverwertungserlös für das Leasingobjekt und kalkulierte Restwert desselben nach Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer.

Die Einforderung des Ersatzes für weiteren Schaden und die allfällige Vorteilsanrechnung zu Folge wertvermehrender Einrichtungen am Leasingobjekt durch den Leasingnehmer bleibt vorbehalten, wobei ein allfälliger Nettoerlös aus der Veräusserung des Leasingobjektes oder ein neuer Leasingvertrag mit dem Leasingobjekt bei der Berechnung des Schadensbetrages berücksichtigt wird. Bei vorzeitiger Vertragsauflösung fällt das Kaufrecht jeweils automatisch und ohne Entschädigung dahin.

2. Aufrechterhaltung des Vertrages

In den einzelnen Verträgen wird zudem dem Leasinggeber das Recht vorbehalten, im Verzugsfalle sowie bei Gefährdung seiner Forderungsrechte durch den Leasingnehmer im Sinne von Art. 107 ff. OR anstelle der Auflösung die Aufrechterhaltung

⁶⁷ Vgl. Art. 215 Abs. 1 OR; GUHL/MERZ/KUMMER OR 226.

des Immobilienleasingvertrages zu verlangen, wobei dem Leasinggeber die folgenden drei Möglichkeiten der Vertragsabwicklung zur Verfügung stehen:

- Kommt der Leasingnehmer seiner Zahlungspflicht auch bis zum Ablauf der vom Leasinggeber angesetzten Nachfrist nicht nach, so kann der Leasinggeber trotzdem immer noch auf Erfüllung nebst Verzugszinsen klagen⁶⁸.
- Auch ist der Leasinggeber befugt, nach ungenutztem Ablauf der dreissigtägigen Nachfrist seitens des Leasingnehmers von diesem unter Überlassung des Leasingobjektes bis zum Ende der vereinbarten Vertragsdauer neben den bereits fälligen Leasingzinsen inkl. Verzugszinsen sofort auch noch die Bezahlung sämtlicher noch ausstehender Leasingzinsen einzufordern. Ein marktüblicher Diskont wird dabei jeweiligen automatisch abgezogen.
- Schliesslich kann der Leasinggeber auch unter Verzicht auf die Bezahlung der noch ausstehenden Leasingzinsen durch den Leasingnehmer den Immobilienleasingvertrag aufrecht erhalten. Analog den Konsequenzen bei Auflösung des Immobilienleasingvertrages⁶⁹ hat der Leasingnehmer auch in diesem Fall das Leasingobjekt innerhalb einer Frist von neunzig Tagen sofort zu räumen, die verfallenen Leasingzinsen nebst Verzugszinsen zu bezahlen und Schadenersatz im Umfang des positiven Vertragsinteresses gemäss Differenztheorie zu leisten.

B. Andere Vertragsverletzungen durch den Leasingnehmer

1. Missachtung der Sorgfaltspflicht sowie Unterlassung der Variantenwahl bezüglich des Geschicks des Immobilienleasingvertrages nach Ablauf der Grundvertragszeit

Neben dem Zahlungsverzug und der Gefährdung der Forderungsrechte des Leasinggebers stellen auch die Missachtung der Sorgfaltspflichten bei der Benützung des Leasingobjektes sowie die Unterlassung der formgerechten Mitteilung betreffend Variantenwahl bei Ablauf des Immobilienleasingvertrages⁷⁰, welche jeweiligen bis spätestens sechs Monate vor Ende der Vertragsdauer zu erfolgen hat, eine Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten des Leasingnehmers dar; diese ziehen in analogem Sinne die unter Abschnitt VI. A 1. und 2. umschriebenen Rechtsfolgen nach sich.

⁶⁸ Art. 107 Abs. 2 Satz 1 OR.

⁶⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen für den Fall der sofortigen Vertragsauflösung unter Abschnitt VI. A 1. dieses Paragraphen.

⁷⁰ Dem Leasingnehmer steht in der Regel in diesem Moment die Wahl zwischen der Rückgabe des Leasingobjektes an den Leasinggeber, der Geltendmachung des Kaufrechtes oder dem Abschluss eines Anschlussleasingvertrages mit neu festzusetzenden Zahlungsbedingungen zur Verfügung.

2. *Unterlassung der Empfängerobliegenheiten, der Unterhalts- bzw. Reparaturarbeiten sowie der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Veräusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes*

Für den Fall, dass der Leasingnehmer die Erfüllung seiner Empfängerobliegenheiten, die Veranlassung von Unterhalts- bzw. Reparaturarbeiten oder die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber dem Veräusserer bzw. Hersteller des Leasingobjektes unterlässt⁷¹, behält sich in allen Vertragsbeispielen der Leasinggeber das Recht vor, die entsprechenden Handlungen in eigenem Namen, jedoch auf Rechnung des Leasingnehmers vornehmen zu lassen.

VII. Gefahrtragung und Haftung

A) Gefahrtragung

Im Vordergrund steht hier die Frage nach der Zuordnung der Pflicht zur Wiederherstellung bei zufälligem Untergang oder bei zufälliger Beschädigung des Leasingobjektes durch höhere Gewalt wie Sturm, Wasser, Feuer und dergleichen, d.h. die Frage danach, ob die Pflicht zur Tragung der Sachgefahr dem Leasinggeber oder dem Leasingnehmer zuzuordnen sei.

In einzelnen Verträgen entbindet sich der Leasinggeber gänzlich von der Gefahrtragung für Schäden, welche durch höhere Gewalt am Leasingobjekt entstanden sind. Andere Verträge auferlegen dem Leasingnehmer die Pflicht, sich gegen jedes Schadensrisiko ausreichend zu versichern, während in einer dritten Gruppe von Vertragsbeispielen der Leasinggeber selber für die Wiederherstellungskosten bei Untergang oder Beschädigung des Leasingobjektes durch Zufall aufzukommen hat.

Da alle Immobilienleasingverträge in der Schweiz Individualverträge sind, d.h. nur solche Klauseln enthalten, welche von beiden Parteien durch Vollerklärung angenommen worden sind, ist kaum zu befürchten, dass diese Verträge vom Richter gerade dort für ungültig erklärt werden, wo die bezüglich der Tragung der Sachgefahr getroffene Regelung nicht nur eine Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht darstellt⁷², sondern allenfalls auch gar noch im Widerspruch zum Wesen des Immobilienleasinggeschäftes selbst steht. Trotzdem scheint es mir sinnvoll, zu

⁷¹ Vgl. hiezu die Ausführungen unter Abschnitt V. B 4. und 5. dieses Paragraphen.

⁷² Vgl. Art. 254 Abs. 1 und Art. 255 Abs. 1 OR.

untersuchen, welche der drei erwähnten Arten von Verteilung der Sachgefahr auf die Vertragsparteien dem Immobilienleasinggeschäft am ehesten entspricht oder ob sich dafür allenfalls eine zweckmässigere Lösung finden liesse.

Für die Tragung der Sachgefahr durch den Leasinggeber sprechen zwei Gründe: Einmal stellt die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Beschädigung des Leasingobjektes ein charakteristisches Eigentümersrisiko dar⁷³. Beim Immobilienleasing wird die rechtliche Stellung des Leasinggebers mit dessen Eintragung im Grundbuch als Eigentümer bzw. Bauberechtigter während der ganzen Vertragsdauer unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht. Sodann ist zu berücksichtigen, dass das Immobilienleasinggeschäft zwar in wirtschaftlicher Hinsicht eine besondere Form der Fremdfinanzierung des Gebrauchs einer Immobilie darstellt, in rechtlicher Hinsicht jedoch eine besondere Form der Gebrauchsüberlassung von Immobilien zum Inhalt hat. Der Leasinggeber überlässt das von ihm finanzierte Leasingobjekt dem Leasingnehmer zum Gebrauch gegen ein bestimmtes Entgelt. Dadurch nähert sich die Rechtsstellung des Leasinggebers sehr stark derjenigen des Vermieters, welcher nach Art. 254 Abs. 1 OR grundsätzlich verpflichtet ist, das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Beschädigung des Mietobjektes selber zu tragen.

Demgegenüber kann zur Rechtfertigung der Tragung der Sachgefahr durch den Leasingnehmer auch die Argumentation von SCHUBIGER im Falle des Finanzierungsleasing von Mobilien herangezogen werden, wonach der Leasinggeber während der vereinbarten Vertragsdauer gebunden bleibt und dem Leasingnehmer den Gebrauch des Leasingobjektes uneingeschränkt gewähren muss⁷⁴. Schliesslich steht der Leasingnehmer dem Leasingobjekt auch näher als der Leasinggeber, der dieses nur aus Gründen der Finanzierung zu Eigentum erwirbt.

Im Vergleich zur Stellung des Leasinggebers als Eigentümer des Leasingobjektes sind diese Argumente jedoch von untergeordneter Bedeutung; auch wenn die tatsächliche Sachherrschaft während der Vertragsdauer beim Leasingnehmer liegt, so bleibt die Verfügungsberechtigung am Leasingobjekt, wenn auch in eingeschränktem Umfang, während dieser Zeit beim Leasinggeber. Die Sachgefahr wäre dementsprechend als typisches Eigentümersrisiko auch beim Immobilienleasing vom Leasinggeber zu tragen⁷⁵.

Interessant in diesem Zusammenhang ist ein Blick auf eine Meinung innerhalb der deutschen Lehre, nach welcher das Problem der Zuordnung der Gefahrtragung mit der Versicherbarkeit des Schadens infolge Untergangs oder Beschädigung des Leasingobjektes durch Zufall zu lösen wäre. WESTPHALEN⁷⁶ ist der Ansicht,

⁷³ GIGER (2) 100.

⁷⁴ SCHUBIGER 162.

⁷⁵ Vgl. für die analoge Frage beim Finanzierungsleasing von Mobilien: GIGER (2) 100 ff.; SCHLUEP (2) 112.

⁷⁶ WESTPHALEN 514 f.

dass die Übertragung der Pflicht zur Versicherung des Leasingobjektes auf den Leasingnehmer gerade beim Immobilienleasing für diesen keine Benachteiligung im Sinne von § 9 Abs. 2 deutsches AGB-Gesetz darstellen würde, vielmehr liesse sich eine solche Regelung mit dem Wesen des Immobilienleasinggeschäftes sehr gut vereinbaren⁷⁷. Zudem wäre es nach seiner Meinung auch zulässig, die Kosten für die Versicherungen, welche der Leasinggeber abgeschlossen hat, als Nebenkosten dem Leasingnehmer zu belasten. Das nichtversicherbare Risiko überträgt Westphalen sodann allerdings wiederum dem Leasingnehmer mit der Begründung, dass dieser ganz allgemein den Investitionsentscheid – wenn auch nicht in Form eines Kaufgeschäftes, sondern eines Leasinggeschäftes – gefällt habe, sowie befugt sei, nach Ablauf der Vertragsdauer sein Kaufsrecht auszuüben. Dadurch nähere sich die Rechtsstellung des Leasingnehmers derjenigen des Käufers.

Dieser Argumentation ist allerdings entgegenzuhalten, dass sowohl der Investitionsentscheid vor Vertragsabschluss als auch die Kaufoption bei Vertragsablauf nichts an der Eigentümerstellung des Leasinggebers während der Vertragsdauer zu ändern vermögen, weshalb auch das nichtversicherbare Risiko regelmässig vom Leasinggeber zu tragen wäre.

Nach meiner Meinung liesse sich die von Westphalen entworfene Regelung insofern auf die schweizerischen Immobilienleasingverträge übertragen, als die Pflicht zum Abschluss von Versicherungsverträgen von Fall zu Fall entsprechend der Erfahrung der Vertragsparteien entweder dem Leasingnehmer oder dem Leasinggeber übertragen werden kann. Die Kosten hierfür wären in allen Fällen vom Leasingnehmer entweder direkt oder indirekt zu übernehmen. Das nichtversicherbare Risiko wäre aber regelmässig vom Leasinggeber selber zu tragen.

B) Haftung

1. Haftung des Leasingnehmers

Bei Beschädigung des Leasingobjektes durch den Leasingnehmer, seine Angestellten oder Hilfspersonen ist dieser gegenüber dem Leasinggeber zu vollem Schadenersatz im Sinne von Art. 97 ff. OR verpflichtet. Auch haftet der Leasingnehmer gegenüber Dritten für alle Schäden, die in irgendeiner Weise durch das Leasingobjekt verursacht worden sind oder mit ihm in Zusammenhang stehen und für welche der Leasinggeber als Grund- und/oder Werkeigentümer nicht in Anspruch genommen werden kann.

⁷⁷ Immobilienleasingverträge sind in Deutschland standardisierte Formularverträge.

2. Werk- und Grundeigentümerhaftung

Abgesehen vom Vertragsbeispiel der Immobilienleasing AG, welches eine atypische Form des Immobilienleasing darstellt⁷⁸ und wo der Leasingnehmer grundsätzlich alle im Zusammenhang mit dem Leasingobjekt stehenden Haftungen übernimmt, trägt der Leasinggeber als Eigentümer des Leasingobjektes gegenüber Dritten regelmässig die Grund- und Werkeigentümerhaftung gemäss Art. 679 ZGB und Art. 58 OR.

VIII. Die Beendigung des Immobilienleasingvertrages

A) Ordentliche Beendigung

Mit dem Ablauf der Grundvertragszeit wird der Leasingnehmer grundsätzlich⁷⁹ verpflichtet, das Leasingobjekt dem Leasinggeber geräumt und einwandfrei instandgestellt zurückzugeben. Gleichzeitig wird dem Leasingnehmer auch ein Optionsrecht für diesen Zeitpunkt eingeräumt, welches ihm – bei vertragskonformer Erfüllung – die Wahl zwischen zwei weiteren Möglichkeiten der Vertragsgestaltung für die Zeit nach Ablauf der Grundvertragszeit erlaubt⁸⁰. Immer hat der Leasingnehmer bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, in der Regel bis mindestens sechs Monate vor Ablauf der Grundvertragszeit, dem Leasinggeber schriftlich mitzuteilen, ob er das Leasingobjekt zurückgeben oder von einem der eingeräumten Optionsrechte Gebrauch machen will.

1. Rückgabe des Leasingobjektes

Kommt der Leasingnehmer bei Ablauf des Leasingvertrages zum Schluss, vom Leasingobjekt keinen weiteren Gebrauch mehr machen zu wollen, so kann er dieses vollständig gereinigt, fachgemäss instandgestellt und mit «allen Schlüsseln versehen» dem Leasinggeber zurückgeben. Dieser kann sodann die zurückerhaltenen Gebäulichkeiten verkaufen oder als Objekt eines neuen Leasingvertrages einem neuen Leasingnehmer zum Gebrauch überlassen. Für den Fall, dass bei Vertrags-

⁷⁸ Vgl. § 6 III. 6.

⁷⁹ Ausnahme: Modell der IL Immobilienleasing AG, vgl. § 6 III. C.

⁸⁰ Vgl. § 6 III. B und C.

beendigung der Verkehrswert des Leasingobjektes dem bei Abschluss des Immobilienleasingvertrages vereinbarten Restwert nicht mehr entspricht, sieht das Modell A + E Leasing vor, bei Verlust diesen gänzlich dem ehemaligen Leasingnehmer zu belasten, bei Gewinn jedoch dem Leasingnehmer zu einem Drittel daran teilhaben zu lassen. Die Tragung des sogenannten Verwertungsrisikos⁸¹ durch den Leasingnehmer beim Immobilienleasing lässt sich mit dessen Wesen insofern rechtfertigen, als der Leasinggeber als Finanzierer des Leasingobjektes seine Investitionskosten bis zum vereinbarten Restwert zurückbezahlt haben will. Dieser ist aber rein kalkulatorischer Natur⁸², indem er die Differenz zwischen den Gesamtinvestitionskosten und den nach Amortisationsplan geleisteten Amortisationszahlungen darstellt.

Dass der Leasinggeber bei Ablauf der Grundvertragszeit mit dem Leasingobjekt einen Wert in der Hand haben will, der dem kalkulatorischen Restwert und nicht dem Verkehrswert des Leasingobjektes im dannzumaligen Zeitwert entspricht, kommt auch darin zum Ausdruck, dass der kalkulatorische Restwert genau dem vereinbarten Kaufpreis des Leasingobjektes im Falle der Ausübung des Kaufrechtes entspricht. Indem das Immobilienleasing, aus wirtschaftlicher Sicht betrachtet, nicht ein umsatzorientiertes Geschäft, sondern eine Sonderform der Fremdfinanzierung des Gebrauchswertes und nicht des Tauschwertes einer Immobilie darstellt, erscheint es auch als konsequent, das sogenannte Verwertungsrisiko dem Leasingnehmer zu übertragen; ein vergleichender Blick auf die herkömmliche hypothekarische Finanzierung lässt denselben Schluss zu, ist doch der Kreditsuchende in jedem Fall ebenso verpflichtet, die vom Geldgeber geleisteten Zahlungen zurückzuerstatten, gleichgültig ob die Immobilie bei Verwertung den noch nicht amortisierten Investitionen entspricht oder nicht.

Weshalb im erwähnten Modell der Leasingnehmer an einem allfälligen Mehrwert nicht in demselben Umfang wie bei einem Verlust, d.h. gänzlich beteiligt sein soll, ist allerdings unerklärlich. Im Sinne einer gerechteren Verteilung der Risiken auf die Vertragsparteien beim Immobilienleasing erschiene mir deshalb die Verlusttragung bzw. Gewinnbeteiligung am Ende der Vertragszeit durch die Parteien zu gleichen Teilen als angemessener. Entweder trägt die eine Partei das gesamte Verwertungsrisiko sowohl bei Verlust wie auch bei Gewinn, oder beide Parteien teilen sich im gleichen Umfang in den Mehr- bzw. Minderwert des Leasingobjektes bei Ablauf der Grundvertragszeit.

2. Ausübung der Optionsrechte

Ist der Leasingnehmer seinen vertraglichen Pflichten gegenüber dem Leasinggeber während der Grundvertragszeit gehörig nachgekommen, so hat er das Recht, an-

⁸¹ RUNGE/BREMSE/ZOELLER 211.

⁸² BRUMANN 31; vgl. bezüglich der analogen Situation beim Finanzierungsleasing von Mobilien: GIGER (2) 83.

statt das Leasingobjekt dem Leasinggeber zurückzugeben, mit diesem einen Anschlussleasingvertrag abzuschliessen oder das Leasingobjekt zum vereinbarten Restwert zu erwerben. Die Geltendmachung eines dieser Optionsrechte erfolgt durch einseitige Willenserklärung durch den Leasingnehmer; sie ist unwiderruflich und an keine Bedingungen geknüpft und stellt damit ein begründendes Gestaltungsrecht dar⁸³.

a) Geltendmachung der Option für einen Anschlussleasingvertrag

Entscheidet sich der Leasingnehmer für den Abschluss eines neuen Leasingvertrages mit dem Leasinggeber im Sinne eines Anschlussleasingvertrages, welcher weiterhin dasselbe Leasingobjekt zum Inhalt hat, so sind die Bedingungen dafür, insbesondere der Leasingzins, neu festzusetzen. Grundlage hierbei bilden der ursprünglich vereinbarte Restwert sowie die Dauer des Anschlussleasingvertrages. Eine Reduktion des Leasingzinses ergibt sich dabei zumindest infolge einer reduzierten Verwaltungspauschale sowie einer Anpassung der Kalkulationsfaktoren, wie Finanzierungskosten und Abschreibungen. Die während des Anschlussleasingvertrages zu amortisierenden Investitionskosten entsprechen der Differenz zwischen dem im ursprünglichen Leasingvertrag festgesetzten kalkulatorischen Restwert und der nicht zu amortisierenden, fünfzig Prozent aller Investitionskosten umfassenden 1. Hypothek. Da der Leasingnehmer während der Grundvertragszeit von mindestens zehn Jahren durchschnittlich dreissig Prozent aller Investitionskosten amortisiert, umfasst der Amortisationsplan für die Dauer des Anschlussleasingvertrages in der Regel lediglich noch zwanzig Prozent aller Investitionskosten. Bei gleichbleibender Vertragsdauer reduziert sich dementsprechend die jährliche Amortisationsrate für das Anschlussleasing auf zwei Prozent.

b) Ausübung des Kaufsrechts

Will der Leasingnehmer das Leasingobjekt nach Ablauf der Grundvertragszeit käuflich erwerben, so ist er berechtigt, das ihm bei Vertragsabschluss eingeräumte Kaufsrecht zum Preis des vereinbarten Restwertes auszuüben. Dies geschieht zumeist dadurch, dass der Leasingnehmer die Differenz zwischen Restwert und 1. Hypothek dem Leasinggeber bar bezahlt und die verbleibende 1. Hypothek auf seinen Namen übertragen lässt. Sämtliche mit der Eigentumsübertragung an den Leasingnehmer anfallenden Kosten gehen jeweils zu dessen Lasten.

⁸³ VON THUR/PETER § 3 II. 1.

B) Ausserordentliche Beendigung

1. Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Leasingnehmers

Vergleiche hierzu die Ausführungen unter VI. A 1. dieses Paragraphen.

2. Die vorzeitige Beendigung des Immobilienleasingvertrages aufgrund der *clausula rebus sic stantibus*

Der Leasingnehmer ist beim Immobilienleasingvertrag – dieser stellt ein Dauerschuldverhältnis dar, welches vorzeitig grundsätzlich nicht gekündigt werden kann⁸⁴ – verpflichtet, gleichgültig, ob von äusseren, von ihm unabhängigen Umständen in seinem Geschäftserfolg begünstigt oder benachteiligt, während der ursprünglich fest vereinbarten Vertragsdauer den Leasingzins zu bezahlen und damit das Leasingobjekt im fest bestimmten Umfang zu amortisieren. Mit dieser Regelung kommt gleichzeitig auch zum Ausdruck, dass beim Immobilienleasing ausschliesslich der Leasingnehmer das Investitionsrisiko zu tragen hat. Es finden sich keine Vertragsbeispiele, welche eine Anpassung dieser Risikoverteilung an veränderte Verhältnisse vorsehen. Vielmehr findet diese strikte, für das Immobilienleasing typische Regelung in den einzelnen Verträgen zusätzlich darin Bestätigung, dass die Art und Weise der Berechnung des Schadenersatzes bloss für den Fall der ausserordentlichen Kündigung durch den Leasinggeber infolge Gefährdung seiner Forderungsrechte gegenüber dem Leasingnehmer aufgrund dessen schlechter wirtschaftlicher Verfassung ausdrücklich Erwähnung findet⁸⁵. Das Stillschweigen der einzelnen Immobilienleasingverträge bezüglich ausserordentlicher Kündigungsgründe für den Leasingnehmer sowie bezüglich einer entsprechenden Methode zur Berechnung des Schadenersatzes in diesem Fall kann demzufolge nicht als Vertragslücke interpretiert werden, sondern muss als Ausdruck entsprechender Absicht der Parteien bewertet werden.

Angesichts der langen Dauer der Immobilienleasingverträge einerseits sowie der beschränkten Genauigkeit von Prognosen bezüglich der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung während eben dieser Dauer andererseits kann sich sehr rasch einmal die Frage stellen, ob sich die Tragung des Investitionsrisikos durch den Leasingnehmer allein mit dem in Art. 2 ZGB festgehaltenen Prinzip von Treu und Glauben noch vereinbaren lässt oder ob sich eine Anpassung der entsprechenden Vertragsabreden an die veränderten Verhältnisse aufdrängt.

Die *clausula rebus sic stantibus* in engem Sinne, wie sie heute in Doktrin und Praxis verstanden wird⁸⁶, betrifft ausschliesslich die Anpassung des Vertrages an

⁸⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen unter III. dieses Paragraphen.

⁸⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen unter VI. A 1. dieses Paragraphen.

⁸⁶ Vgl. BISCHOFF 32.

veränderte, d.h. an solche Verhältnisse, welche von einer Vertragspartei weder direkt noch indirekt verursacht wurden, durch den Richter. Insbesondere ergeben sich gemäss der *clausula rebus sic stantibus* für die Anpassung eines Vertrages an veränderte Verhältnisse zwei Möglichkeiten: «Entweder schweigt sich der Vertragsinhalt über die Anpassungsfrage aus, d.h. er erhält darüber keine vertragliche oder gesetzliche Regel; der Richter hat die Lücken zu füllen bzw. den Vertragsinhalt zu ergänzen. Oder eine entsprechende Regel ist wohl vorhanden, ihr Anwendungsergebnis wird aber als gegen das allgemeine Gerichtigkeitsempfinden verstossend gewertet, der Richter hat den Vertragsinhalt zu korrigieren.»⁸⁷

Entsprechend der oben dargestellten Regelung betreffend Tragung des Investitionsrisikos beim Immobilienleasing kommt damit der Richter bei veränderten Verhältnissen allenfalls die Funktion zu, den jeweiligen Immobilienleasingvertrag aufgrund der *clausula rebus sic stantibus* den veränderten Verhältnissen gemäss zu korrigieren.

Die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* ist indessen gemäss langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts an sehr strenge Voraussetzungen geknüpft⁸⁸. Als mit dem Prinzip von Treu und Glauben müsste sich entsprechend dieser Voraussetzungen insbesondere das Weiterbestehen der bei Vertragsabschluss getroffenen Risikozuordnung in dem Fall als unvereinbar erweisen, da das zur Beurteilung anstehende Vertragsverhältnis durch einschneidende Veränderungen der Sozialexistenz der Allgemeinheit in krasser Weise betroffen ist, d.h. da eine massive Äquivalenzstörung zwischen den Vertragsleistungen vorliegt⁸⁹. Zur Anpassung des Vertrages an die veränderten Verhältnisse genügt indessen nach Ansicht des Bundesgerichtes nicht jede Störung des Gleichgewichts zwischen den Vertragsleistungen; vielmehr ist hiefür ein «offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erforderlich.»⁹⁰ Dass mit dem Begriff «offenbares Missverhältnis» zur Beurteilung, ob eine Anpassung eines Vertrages an veränderte Verhältnisse durch den Richter vorgenommen werden muss, kein allgemeiner Wertungsmassstab zur Verfügung steht, ist von der Doktrin und Praxis rasch erkannt worden. Es wurde deshalb vor allem von dieser Seite mit Hilfe von Adverbien und Adjektiven diese Formulierung präzisiert. Die Störung des Äquivalenzverhältnisses muss danach «gross, auffällig oder übermässig sein.»⁹¹

Bezüglich des Immobilienleasingvertrages ist insbesondere jene Formulierung relevant, wonach die Leistungspflicht des benachteiligten Schuldners – hier des Leasingnehmers – infolge der tiefgreifenden Verhältnisänderung eine wirtschaftlich völlig andere geworden sein muss, so dass der als gegenseitig geschlossene Vertrag «seinen ursprünglichen Sinn und Charakter verliert.» Auf den Immobilienleasing-

⁸⁷ Vgl. BISCHOFF a.a.O.

⁸⁸ GIGER (2) 106 und dort zitierte Autoren; BISCHOFF 181 ff.

⁸⁹ BISCHOFF 190 ff.

⁹⁰ BGE 101 II 19; 97 II 398; 59 II 378.

⁹¹ OFTINGER 235, zitiert bei BISCHOFF 192.

vertrag angewendet, bedeutet dies, dass das Erbringen des Leasingzinses durch den Leasingnehmer dem Wert der ihm gewährten Gebrauchsüberlassung am Leasingobjekt sowie den tatsächlichen Restwert des Leasingobjektes bei Vertragsablauf in keiner Weise mehr entspricht.

Dass die *clausula rebus sic stantibus* zur Anpassung eines Immobilienleasingvertrages an veränderte Verhältnisse tatsächlich bloss in extremen, sehr seltenen Situationen Anwendung finden kann, wird schliesslich noch anhand folgender zusätzlicher Voraussetzungen besonders deutlich. Die einschneidende Veränderung der Sozialexistenz der Allgemeinheit, von welcher das anstehende Vertragsverhältnis in krasser Weise betroffen sein muss, muss ihrerseits eine Sozialkatastrophe wie Krieg, Wirtschaftskrise oder Epidemie zur Ursache haben⁹². So dürfte sich die Aufrechterhaltung der Vereinbarungen eines Immobilienleasingvertrages, welche dem Leasingnehmer das ganze Investitionsrisiko zuordnen, als mit dem Prinzip von Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 ZGB beispielsweise in jenem Fall als unvereinbar erweisen, da der Leasingnehmer mit dem Leasingobjekt ein Projekt realisieren will, das sich an einem bestimmten Ölpreis orientiert, welcher jedoch seit Vertragsabschluss durch eine Wirtschaftskrise eine Veränderung nach oben in solch hohem Masse erfahren hat, dass sich eine Weiterentwicklung des Projekts sowohl aus Gründen der Produktionskosten als auch im Hinblick auf eine entscheidend geringere Absatzmöglichkeit des Produktes infolge eines entscheidenden Rückgangs des Konsums von Erdöl durch die Abnehmer des Produkts, nicht mehr rechtfertigen lässt.

Obgleich die strengen Voraussetzungen für die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* in sehr seltenen Fällen erfüllt sind, stünde der Anpassung des Immobilienleasingvertrages – insbesondere von dessen Regelung bezüglich Kündigung – an veränderte Verhältnisse durch den Richter grundsätzlich nichts im Wege. Trotz mangelnder praktischer Erfahrung lässt sich indessen bereits heute sagen, dass die Bedeutung der *clausula rebus sic stantibus* ebenfalls im Bereich des Immobilienleasing auch in Zukunft gering sein wird.

IX. Der Immobilienleasingvertrag unter dem Aspekt des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland

Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 und die auf diesem basierende Verordnung vom 1. Oktober 1984 haben zum Zweck, den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland zu beschränken, um die Überfremdung des einheimischen Bodens zu

⁹² GIGER (2) 106; BISCHOFF 187 und dort zitierte Autoren.

verhindern⁹³. Das Gesetz unterstellt hierfür den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, wie sie in Art. 5 BewG umschrieben sind, einer Bewilligungspflicht.

Als Erwerb eines Grundstückes gelten nach diesem Gesetz einerseits der Erwerb des Eigentums bzw. Baurechts an einem Grundstück, andererseits die Begründung und Ausübung eines Kaufsrechts an einem Grundstück.

Nach der Darstellung des Immobilienleasingvertrages in diesem Paragraphen steht damit unzweifelhaft fest, dass Personen im Ausland im Sinne von Art. 5 BewG zur Erlangung der Rechtsstellung eines Leasinggebers oder Leasingnehmers bei diesem Rechtsgeschäft in der Schweiz einer Bewilligung im Sinne dieses Gesetzes bedürfen.

Gemäss Art. 8 BewG wird der Erwerb bewilligt, wenn das Grundstück dem Erwerber als ständige Betriebsstätte seines Handels-, Fabrikations- oder anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes dient.

Im Anschluss an die Darstellung des Immobilienleasing im allgemeinen⁹⁴ sowie des Immobilienleasingvertrages im besonderen⁹⁵ kann das Grundstück, welches als Leasingobjekt dienen soll, grundsätzlich nicht als Betriebsstätte des kaufmännischen Gewerbes des Leasinggebers betrachtet werden. Das Grundstück dient beim Immobilienleasing dem Leasinggeber ausschliesslich als Gegenstand des von ihm praktizierten Finanzierungsgeschäftes. Das Grundstück ist beim Immobilienleasing Kapitalanlage des Leasinggebers und nicht Betriebsstätte seines Gewerbes, weshalb Personen im Ausland, wie sie das oben zitierte Bundesgesetz umschreibt, im Falle des Immobilienleasing in der Schweiz die Stellung eines Leasinggebers nicht zu erlangen vermögen.

Demgegenüber verhält es sich anders für Personen im Ausland, welche als Leasingnehmer in der Schweiz einen Immobilienleasingvertrag abschliessen wollen. Gelingt es diesen, den Nachweis zu erbringen, dass sie das Leasingobjekt als Betriebsstätte ihres Handels-, Fabrikations- oder anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes verwenden – was angesichts des in der Schweiz ausschliesslich auf den gewerblichen bzw. industriellen Bereich ausgerichteten Immobilienleasing die Regel sein wird –, so dürfte diesen Personen einer Bewilligung zum Abschluss eines Immobilienleasingvertrages in der Schweiz zumindest von dieser Seite her nichts im Wege stehen.

⁹³ Vgl. Art. 1 BewG und Art. 1 ff. BewV.

⁹⁴ Vgl. vorne §§ 4–6.

⁹⁵ Vgl. I.-VIII. dieses Paragraphen.

§ 8 Der Wirtschaftliche Zweck beim Immobilienleasing

Bei der Erörterung des Zweckes des Immobilienleasinggeschäftes ist in erster Linie vom eingangs dieser Untersuchung erwähnten Kriterium für die Abgrenzung von Finanzierungsleasinggeschäften gegenüber anderen Geschäften, welche ebenfalls mit Leasing bezeichnet werden, auszugehen¹. Dies bedeutet, dass auch beim Immobilienleasing die Frage zu stellen ist, ob der Leasinggeber mit diesem Geschäft den Umsatz von Ware oder von Geld beabsichtigt².

Wie anhand der Analyse des Immobilienleasingvertrages unter dem Abschnitt der Vertragspflichten des Leasinggebers zum Ausdruck gekommen ist³, steht beim Immobilienleasing als Geschäftszweck ein Finanzierungsvorgang im Vordergrund. Der Leasinggeber verpflichtet sich jeweils gegenüber dem Leasingnehmer, und zwar erst auf dessen Veranlassung hin, die für die Erstellung eines neuen oder den Erwerb eines bereits bestehenden Objektes erforderlichen Investitionskosten unter der Bedingung zu finanzieren, dass der Leasingnehmer die Investitionskosten innerhalb einer festvereinbarten Dauer bis zu einem bestimmten Wert, dem sogenannten Restwert, durch Ratenzahlungen amortisiert.

Der Charakterisierung des Immobilienleasinggeschäftes als Finanzierungsgeschäft könnte allerdings entgegengehalten werden, dass für den Leasinggeber ein Absatzinteresse als Motiv für den Abschluss eines Immobilienleasinggeschäftes im Vordergrund stehe; denn ein solches Interesse komme zumindest in jenen Fällen besonders deutlich zum Ausdruck, da der Leasinggeber selber als Bauherr auftrete. Eine solche Ansicht liesse sich damit entkräften, dass der Leasinggeber erst auf das Begehren seitens des Leasingnehmers um Finanzierung der gewünschten Gebäulichkeit hin ein solches errichten lässt oder erwirbt. Der Leasinggeber tritt gegenüber dem Leasingnehmer weder als Unternehmer für die Errichtung eines Leasingobjektes noch als Händler mit Gebäulichkeiten auf, sondern er wird selber als Bauherr oder Erwerber von Gebäulichkeiten erst tätig, nachdem ein Leasingvertrag – welcher eben den erwähnten Finanzierungsvorgang zum Inhalt hat – mit dem Leasingnehmer zustande gekommen ist. Der mit dem Immobilienleasing verfolgte Zweck der Finanzierung einer Gebrauchsüberlassung wird denn nicht zuletzt auch dadurch deutlich, dass es dem Leasingnehmer am Ende der Grundvertragszeit freisteht, von dem bei Vertragsabschluss eingeräumten Kaufsrecht Gebrauch zu machen oder das Leasingobjekt dem Leasinggeber einfach zurückzugeben. Gegen-

¹ Vgl. § 3 I.

² Vgl. GIGER (2) 16, dort zitiert KRAUSE 103.

³ Vgl. § 7 V. A.

über der herkömmlichen Finanzierung von Gebäulichkeiten, welche in der Regel eine Mischform von Eigen- und Fremdfinanzierung auf der Basis einer Hypothek darstellt, erfolgt die Finanzierung beim Immobilienleasing jeweils zu hundert Prozent durch den Leasinggeber.

Wie SCHUBIGER⁴ bereits für das Finanzierungsleasing ganz allgemein festgestellt hat, wird die Frage nach der Qualifikation des Finanzierungsvorganges auch beim Immobilienleasing nicht einheitlich beantwortet. Die Ansichten betreffend Art des Finanzierungsvorganges beim Finanzierungsleasing von Mobilien reichen vom Sachkredit über die Fremdfinanzierung im engeren Sinne bis zum Finanzierungssurrogat⁵. Für das Finanzierungsleasing von Immobilien scheidet die Möglichkeit der Qualifikation des ihm zugrundeliegenden Finanzierungsvorganges als Geld- bzw. Sachkredit aus folgenden Gründen aus: «Kredit ist die Hingabe von Geld oder das Eingehen einer Verpflichtung für den Kreditnehmer durch ein Kreditinstitut auf der einen Seite sowie die Verpflichtung der anderen Vertragspartei zur Leistung eines Zinses oder einer Kommission und zur Rückzahlung der erhaltenen Summe bzw. zur Deckung der vom Kreditgeber eingegangenen Verpflichtung zu verstehen.»⁶ Demgegenüber trifft die angeführte Kreditdefinition für das Sale-and-Lease-Back-Verfahren zu, wie es unter Paragraph 3 IV. dargestellt worden ist, zu. Weder mit dem Finanzierungsleasing noch mit dem Sale-and-Lease-Back-Verfahren wird indessen in erster Linie das Problem der Knappheit der eigenen Mittel, sondern vielmehr jenes der Liquidität derselben gelöst⁷. Auch stellt das Immobilienleasing keine Mietfinanzierung dar. Von einer solchen kann nur dann gesprochen werden, wenn ein Produzent oder Händler seine Kreditgeschäfte durch Dritte – meist Banken – gegen Sicherheiten (z.B. Abtretung der Mietzinsforderungen⁸) finanzieren lässt⁹. Beim Immobilienleasing finanziert der Leasinggeber nicht ein Mietgeschäft eines Bauunternehmers oder eines Immobilienhändlers, sondern er erwirbt eine Immobilie als zukünftiges Leasingobjekt zu Eigentum oder zumindest im Baurecht, um anschliessend dem Leasingnehmer die Gebrauchsrechte daran zu gewähren. Die Umschreibung des wirtschaftlichen Zwecks des Finanzierungsleasing im allgemeinen als hundertprozentige Fremdfinanzierung des Gebrauchs einer Sache, wie sie in Deutschland von WESTPHALEN vorgenommen wurde, trifft damit insbesondere auch für das Immobilienleasing, wie es in der Schweiz praktiziert wird, zu¹⁰.

⁴ SCHUBIGER 59 f.

⁵ SCHUBIGER 16.

⁶ Vgl. RINDERKNECHT 73, dort zitiert ALBISETTI/BODMER/BOEMLE 106.

⁷ HENGGELE 47.

⁸ BENNER 50.

⁹ SCHUBIGER 130.

¹⁰ Vgl. WESTPHALEN 50.

§ 9 Die Einordnung des Immobilienleasing unter die Erscheinungsformen des Leasing

In Anlehnung an die unter § 3 vorgenommene Gliederung der verschiedenen Erscheinungsformen von Leasinggeschäften in solche, denen ein Absatz- bzw. Umsatzinteresse zugrunde liegt, und in solche, welche eine bessere Form der Finanzierung des Gebrauchs einer Sache anbieten, sogenannte Finanzierungsleasinggeschäfte, sowie aufgrund des im vorangegangenen Paragraphen erörterten Zweckes des Immobilienleasinggeschäftes, ist festzustellen, dass dieses in der Schweiz entweder in Form des Finanzierungsleasing oder in Form des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens praktiziert wird¹. In allen Fällen stellt das Immobilienleasing in der Schweiz während der Grundvertragszeit ein Teilamortisationsgeschäft, ein sogenanntes Non-full-pay-out-Leasing dar, im Gegensatz zum Full-pay-out-Leasing, welches beim Finanzierungsleasing von Mobilien die Regel darstellt.

Dem Finanzierungsleasing von Immobilien liegt regelmässig ein Dreiparteienverhältnis, bestehend aus dem Leasingnehmer, dem Leasinggeber und einem Dritten zugrunde. Dem Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien dient in der Regel als Basis ein den konkreten Verhältnissen entsprechender Baurechtsvertrag zwischen dem Leasinggeber und dem zukünftigen Leasingnehmer bezüglich einer bereits bestehenden und sich im Eigentum desselben Leasingnehmers befindlichen Baute. Der Leasinggeber wird damit in der Regel bloss Baurechtseigentümer an den Gebäulichkeiten, während Grund und Boden selber im Eigentum des Leasingnehmers verbleiben.

Bezüglich Umfang der beim Immobilienleasing durch den Leasinggeber angebotenen Dienstleistungen sind in der Schweiz sowohl Geschäfte anzutreffen, deren Inhalt sich auf ein Nettoleasing beschränkt, als auch solche, welche ein Bruttoleasing mit einem breiten Spektrum von zusätzlichen Dienstleistungen im Sinne eines Full-Service offerieren.

¹ Einzige Ausnahme ist dabei das Modell der Immobilienleasing AG, welches aufgrund der Verpflichtung des Leasingnehmers, am Schluss der Grundvertragszeit das Leasingobjekt zu erwerben, ein Veräusserungsgeschäft darstellt. Vgl. § 6 III. C.

§ 10 Der Begriff des Immobilienleasing

Angesichts der dargelegten Vielfalt der in der Schweiz anzutreffenden Formen des Immobilienleasing¹ fällt es nicht leicht, für dieses Geschäft eine umfassende Begriffsumschreibung zu finden.

Der Versuch, die Begriffsumschreibungen des Finanzierungsleasing und des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens von Mobilien, wie sie bis anhin in der Schweiz entwickelt worden sind, auf das Immobilienleasing analog anzuwenden, erscheint angesichts der auf jenem Gebiet ebenfalls noch nicht erreichten Einheitlichkeit² wenig sinnvoll. Ein Blick auf die Begriffsumschreibungen im Ausland, wo sich das Immobilienleasing schon vor längerer Zeit etabliert hat, führt nicht eher zum Ziel, da dort das Immobilienleasing vorallem in technischer, nicht zuletzt aber auch in juristischer Hinsicht anders ausgestaltet ist als in der Schweiz³. Die in Frankreich anzutreffende Legaldefinition steht denn auch an der Spitze eines eigens für das Immobilienleasing geschaffenen Gesetzes⁴, welches zum Zwecke hat, diese neue Geschäftsform in die dort geltende Rechtsordnung optimal zu integrieren. Da ausschliesslich auf die juristische Begriffsumschreibung ausgerichtet, erweist sich diese Legaldefinition für eine umfassendere, wirtschaftliche Umschreibung des Immobilienleasing als zu eng.

In der Bundesrepublik Deutschland bilden die entscheidenden Grundlagen zur Begriffsumschreibung des Mobilien- und des Immobilienleasing der Mobilienleasing – Erlass vom 19. April 1971 bzw. der Immobilienleasing – Erlass vom 21. März 1972 des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen⁵. Beide Erlasse sind aus den Bestrebungen um eine einheitliche steuerliche Behandlung der entsprechenden Leasinggeschäfte entstanden. Daneben sind in der deutschen Doktrin verschiedene Definitionen für das Immobilienleasing entwickelt worden, welche sich allerdings oft auf besondere Einzelaspekte, wie beispielsweise steuer- und bilanzrechtliche Vor- und Nachteile des Immobilienleasinggeschäftes konzentrieren und sich oft auch ergänzen, kaum aber je eine das Wesen des Immobilienleasing umfassende Begriffsumschreibung liefern. RUNGE beispielsweise orientiert sich in seiner Definition sehr stark an der Tätigkeit und den Leistungen des Leasinggebers unter gleichzeitigem Eingeständnis, dass eine umfassende und zutreffende Definition sehr schwierig sei⁶. Andere Autoren beschränken sich in der Charakterisierung

¹ Vgl. § 6 III.

² Vgl. GIGER (2) 22.

³ Vgl. § 6 II.

⁴ Vgl. § 6 II. A.

⁵ Vgl. BStBl. 1971 I, 64 ff. und 1972 I, 188 f.

⁶ RUNGE/BREMSE/ZOELLER 12 ff.

des Immobilienleasing auf den Begriff eines individualisierten Spezialleasing mit einer erheblichen Mietdauer⁷.

Der nachfolgende Versuch einer Begriffsumschreibung des Immobilienleasing stützt sich deshalb weitestgehend auf die bis anhin in der Schweiz entwickelten Modelle dieses Geschäftes ab: Das in der Schweiz praktizierte Immobilienleasing stellt die langfristige Gebrauchsüberlassung von industriell oder gewerblich nutzbaren sowie fungiblen Gebäulichkeiten dar, welche die eine Vertragspartei – der Leasinggeber – nach den Wünschen der anderen Partei – dem Leasingnehmer – von einem Dritten erwirbt bzw. vom zukünftigen Leasingnehmer selbst herstellen lässt und wofür der Leasingnehmer während der Vertragsdauer – ungeachtet des Zustandes und der Gebrauchsfähigkeit des Leasingobjektes – ratenweise ein Entgelt entrichtet, welches neben der Zahlung der Finanzierungskosten und Kommissionen die Amortisation der vom Leasinggeber finanzierten Investitionskosten bis zu maximal fünfzig Prozent zum Inhalt hat. Während der unkündbaren Grundvertragszeit – die ausserordentliche Kündigung ist bei nicht gehöriger Erfüllung der Pflichten des Leasingnehmers vorgesehen – überträgt der Leasingnehmer neben dem Investitions- und dem Verwertungsrisiko die Verantwortungen, welche sich aus der Benützung der finanzierten Gebäulichkeiten ergeben; dem Leasinggeber verbleiben dabei lediglich die Grund- und Werkeigentümerhaftung. Bei Ablauf der Grundvertragszeit besteht für den Leasingnehmer die Möglichkeit, zwischen der Rückgabe des Leasingobjektes an den Leasinggeber, dem Erwerb des Leasingobjektes zum nicht amortisierten Restwert durch Ausübung des bei Vertragsabschluss vereinbarten Kaufrechts oder der Verlängerung des Vertrages im Sinne eines Anschlussleasingvertrages zu wählen⁸.

⁷ Vgl. LITTMANN 269.

⁸ Der Verband der Schweizerischen Leasinggesellschaften hat sich auf folgende ähnliche, wenn auch in wesentlich summarischerer Form gehaltene Definition für das Immobilienleasing festgelegt:

«Immobilienleasing ist die langfristige Gebrauchsüberlassung von gewerblich nutzbaren Gebäuden, wobei während der Vertragsdauer das Objekt in der Regel nach Massgabe der steuerlich zulässigen Sätze amortisiert wird und der Mieter nach Ablauf der Vertragsdauer in der Regel ein Kaufrecht besitzt.», zitiert bei LÜEM 60.

Zweiter Teil

Die schuldrechtliche Analyse des Immobilienleasingvertrages

1. Kapitel:

Die Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien

§ 11 Grundlagen

I. Einleitung

Die Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien ist in der Schweiz bis heute weder in der Lehre noch in der Rechtssprechung erörtert worden. Weder kantonale Instanzen noch das Bundesgericht hatten bis anhin Gelegenheit, sich mit Rechtsproblemen, welche im Zusammenhang mit dem Abschluss, den Wirkungen oder der Beendigung des Immobilienleasingvertrages entstanden sind, auseinanderzusetzen. In der Doktrin fand der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien in der Schweiz bisher bloss im Zusammenhang mit der Abgrenzung desjenigen von Mobilien Erwähnung; eine gründlichere Untersuchung des Rechtsverhältnisses zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer beim Immobilienleasing blieb dabei allerdings aus¹. Das Abseitsstehen des Immobilienleasing bei der schuldrechtlichen Diskussion um das Leasing im allgemeinen sowie insbesondere um das Finanzierungsleasing hängt einerseits damit zusammen, dass das Immobilienleasing in der Schweiz noch sehr jung und im Vergleich zum Mobilienleasing noch wenig verbreitet ist, sowie andererseits mit der Tatsache, dass ein einheitliches Modell für den Immobilienleasingvertrag im Sinne eines Standardvertrages der einzelnen Leasinggesellschaften, wie das im Bereich der Mobilien der Fall ist, noch nicht entwickelt worden ist und sich mittelfristig auch kaum verwirklichen lassen wird.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Ablauf der Vertragszeit der erstmals in der zweiten Hälfte der siebziger Jahre und regelmässig auf eine Mindestdauer zwischen zehn und fünfzehn Jahren abgeschlossenen Immobilienleasingverträge noch bevorsteht. Die Bewährungsprobe des Immobilienleasing hat damit für einen entscheidenden Moment des Geschäftsablaufes noch stattzufinden.

¹ Vgl. insbesondere SCHUBIGER 13; JANS 15 f.; GIGER (2) 20; BRUMANN 49 f.; GIOVANOLI (I) 68–73, 204–208, 342 f.; 411 und 419–424; SCHUEPBACH 197 ff.; der sich als erster mit dem Immobilienleasing in der Schweiz, und zwar unter dem Aspekt des Sachenrechts, gründlicher auseinandergesetzt hat.

Einzig im Steuerrecht hat der Ausschuss der Konferenz staatlicher Steuerbeamter in seinem Kreisschreiben vom 6. Februar 1980 über die rechtliche Behandlung von Leasingverträgen, welche gewerblich oder industriell nutzbare Liegenschaften zum Inhalt haben, empfohlen, die in der Praxis vorkommenden Immobilienleasingverträge in zwei Gruppen zu gliedern: in Immobilienleasingverträge, welche einem Mietvertrag nach Art. 253 ff. OR gleichkommen, und solche Verträge, welche ein Kaufrecht und/oder ein Kaufversprechen des Leasingnehmers mitenthalten². Gemäss dieser Empfehlung wären sodann bei den Verträgen der ersten Gruppe die «Aufwendungen des Leasingnehmers, ungeachtet der Höhe der im Mietpreis enthaltenen Abschreibungen, vollumfänglich zum Abzug zuzulassen.» Bei der zweiten, hier besonders interessierenden Gruppe wären «für den Leasingnehmer die gesamten dafür erbrachten Aufwendungen, ausgenommen übersetzte Abschreibungen, abziehbar.» Dieser Lösungsvorschlag zeigt damit lediglich die je nach Vertragstyp unterschiedliche Bedeutung des Leasingzinses auf, ohne dabei gleichzeitig auf die Frage nach dem Rechtsgrund der einzelnen Vereinbarungen und im speziellen der hier interessierenden Immobilienleasingverträge, welche lediglich ein Kaufrecht zugunsten des Leasingnehmers zum Inhalt haben, näher einzutreten.

Auch von dieser Seite also, eingedenk der Tatsache, dass eine steuerrechtliche Qualifikation eines Rechtsverhältnisses für dessen zivilrechtliche Beurteilung sowieso nicht ungeprüft übernommen werden kann³, bleibt ein Ansatz zur Beantwortung der anstehenden Frage aus. Angesichts dieser Situation drängt es sich auf, bei der Wahl der Methode zur Beurteilung der Rechtsnatur des Immobilienleasingvertrages folgende drei Faktoren zu berücksichtigen:

Zunächst ist daran zu erinnern, dass das Immobilienleasing in der Schweiz wie im ganzen kontinentaleuropäischen Rechtskreis – nicht aber wie in demjenigen der angelsächsischen Länder, wo die Entwicklung gerade umgekehrt verlief – aus dem Finanzierungsleasing von Mobilien hervorgegangen ist. Sodann liegt dem Finanzierungsleasing von Immobilien dieselbe Zweckverfolgung wie demjenigen von Mobilien zugrunde⁴. In beiden Fällen wird der Zweck der Finanzierung einer Gebrauchsüberlassung von wirtschaftlich nutzbaren Gütern auf bestimmte Zeit gegen ein periodisch vom Leasingnehmer zu entrichtendes Entgelt verfolgt, wobei das Leasingobjekt allerdings von unterschiedlicher Art ist. Schliesslich ist die Qualifikation des Finanzierungsleasingvertrages von Mobilien bis heute in der schweizerischen Lehre bereits soweit vorangeschritten, dass gegenwärtig drei verschiedene, zum Teil von einzelnen kantonalen Gerichten unterstützte Theorien vorliegen; vor allem die zwei jüngsten Theorien stehen heute im Vordergrund der Diskussion und warten auf deren Bestätigung durch die Praxis. Es drängt sich deshalb zunächst ein Vergleich zwischen dem Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien und dem-

² Vgl. MASSHARDT 47 ff.

³ Vgl. BRUMANN 51 N 57; Basellandschaftliche Steuerpraxis, 1976, 531-533; 1978, 251-255.

⁴ Vgl. § 8.

jenigen von Mobilien auf, um schliesslich entscheiden zu können, ob der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien zivilrechtlich denselben Vertragstypus darstellt wie sein Vorläufer, nämlich der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien, oder nicht. Zur Darstellung des Finanzierungsleasingvertrages von Mobilien im einzelnen verweise ich an dieser Stelle auf die entsprechend ausführlichen Abhandlungen von SCHUBIGER, BRUMANN, GIGER, GIOVANOLI und RINDER-KNECHT.

II. Vergleich zwischen dem Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien und dem Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien

A) Gegenüberstellung

1. Zweckverfolgung

Sowohl dem Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien als auch demjenigen von Immobilien liegt die Finanzierung eines auf bestimmte und unkündbare Zeit zu vollem Gebrauch überlassenen Gutes gegen ein periodisch zu entrichtendes Entgelt durch den Leasingnehmer zugrunde. Während beim ersteren mobile und immobile betriebliche Anlagegüter Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen bilden, handelt es sich beim letzteren durchwegs um Grundstücke im Sinne von Art. 655 ZGB.

2. Stellung der Leasingabrede innerhalb des ganzen Leasinggeschäftes

Analog zum Finanzierungsleasing von Mobilien stellt auch bei jenem von Immobilien die Leasingabrede die vertragliche Vereinbarung zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer innerhalb der Vertragskoppelung des ganzen Leasinggeschäftes dar; auch hier erfolgt der Abschluss der Leasingabrede als zweite Phase innerhalb des ganzen Leasinggeschäftes, nämlich erst nachdem der Leasingnehmer mit dem Verkäufer bzw. Hersteller des Leasingobjektes die auf die Leasingabrede ausgerichteten Vorbereitungshandlungen getroffen hat und bevor der Leasinggeber als Käufer bzw. Bauherr mit dem Verkäufer bzw. Unternehmer vertragliche Vereinbarungen bezüglich des Leasingobjektes trifft.

3. *Der Finanzierungsleasingvertrag als Rechtsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer*

a) In materieller Hinsicht

Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer beim Finanzierungsleasing von Immobilien stimmen mit jenen beim Finanzierungsleasing von Mobilien inhaltlich grundsätzlich überein. In beiden Fällen verpflichtet sich der Leasinggeber auf Ersuchen des Leasingnehmers zur Finanzierung eines wirtschaftlichen Gutes sowie zu dessen vollen Gebrauchsüberlassung auf eine bestimmte unkündbare Zeit hin. Neben der Pflicht, die vom Leasinggeber bezahlten Investitionskosten in Form von periodisch zu entrichtenden Leasingzinsen, die auch die Finanzierungskosten sowie einen Unternehmergewinn miteinschließen, während der Vertragsdauer zurückzubezahlen, werden dem Leasingnehmer ebenfalls in beiden Fällen die Tragung der Gefahr für zufälligen Untergang der Sache sowie die Pflicht zur Sacherhaltung und zur Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Veräußerer, bzw. Hersteller der Sache überbunden. Beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien erhält der Leasingnehmer bei Vertragsabschluss vom Leasinggeber ein echtes, im Moment des Ablaufs der Grundvertragszeit ausübbares Kaufrecht eingeräumt.

b) In formeller Hinsicht

In formeller Hinsicht unterscheidet sich der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien gegenüber demjenigen von Mobilien dadurch, dass bei letzterem Musterverträge oder sogenannte Standardverträge der einzelnen Leasinggesellschaften als Grundlage dienen, während bei ersterem regelmässig Individualverträge abgeschlossen werden.

4. *Abwicklung des Leasinggeschäftes*

Sind bei beiden Arten von Finanzierungsleasinggeschäften die wirtschaftliche Zweckverfolgung sowie auch die Ausgestaltung der entsprechenden Rechtsverhältnisse zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer nahezu identisch, so bleibt dennoch eine Abweichung in der Abwicklung des Leasinggeschäftes mit Immobilien gegenüber demjenigen mit Mobilien hervorzuheben.

Das Finanzierungsleasing von Immobilien basiert auf einem Teilamortisationsvertrag, jenes von Mobilien auf einem Vollamortisationsvertrag. Folgerichtig kann dem Leasingnehmer beim Finanzierungsleasing von Immobilien bei Vertragsabschluss vom Leasinggeber ein echtes Kaufrecht, d.h. ein solches zu einem fest bestimmten Preis, der seinerseits dem auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Grund-

vertragszeit kalkulierten Restwert des Leasingobjektes entspricht, eingeräumt werden. Die Gründe für diese unterschiedliche Konstruktion sollen an dieser Stelle kurz erläutert werden.

Die Entwertung eines mobilen Wirtschaftsgutes erfolgt im Vergleich zu derjenigen einer Immobilie, besonders in jenem Fall, da Gegenstand derselben Grund und Boden zusammen mit einer Baute bilden, rasch. Zudem vollzieht sich die Entwertung eines mobilen Gutes, welches als Leasingobjekt dienen soll, eo ipso sehr schnell, kommen doch hiefür in erster Linie Güter in Frage, deren Brauchbarkeit durch die rasche technische Weiterentwicklung schnell überholt ist. Die Finanzierung eines beweglichen Gutes mittels Leasing wird denn auch in besonderem Masse mit diesem Argument von den Leasinggesellschaften empfohlen und von den Leasingnehmern gewählt. Dem Leasingnehmer als Unternehmer soll durch diese Finanzierungsmethode ermöglicht werden, seine teuren Anlagen unter «dosiertem Einsatz von Eigenmitteln» auf dem jüngsten Stand der Technik halten zu können⁵. Diese Rentabilitätsrechnung kommt beim Finanzierungsleasing von Mobilien besonders auch darin zum Ausdruck, dass sich der Leasinggeber bei Vertragsabschluss oft bereit erklärt, nach Vertragsablauf – und damit auch nach erfolgter totaler Rückzahlung der Investitionskosten durch den Leasingnehmer – diesem gegenüber einen allfälligen Erlös aus dem Verkauf des Leasingobjektes auf den Occasionsmarkt – oft hat das Leasingobjekt nach erfolgter totaler Amortisation noch einen Verkehrswert – zu einem Drittel bei der Festlegung des Leasingzinses für einen neuen Finanzierungsleasingvertrag anzurechnen oder bar auszuzahlen.

Die relativ rasche und mehr oder weniger kontinuierliche Entwertung eines mobilen Investitionsgutes sowie das im Vergleich zu Immobilien für mobile Investitionsgüter geringere finanzielle Engagement durch den Leasinggeber ermöglichen es sodann, den Leasingvertrag auf eine überblickbare Dauer von drei bis acht Jahren, welche eine den jeweils steuerlich zulässigen Abschreibungsraten entsprechende Vollamortisation zulässt, abzuschliessen. Demgegenüber verhält es sich im Falle von Immobilien anders.

Erstens ist das finanzielle Engagement für die Anschaffung einer Immobilie und damit das Risiko – insbesondere im Fall, da das Leasingobjekt nicht Grund und Boden mit darauf errichteter Baute, sondern bloss Inhalt eines Baurechts ist – der Bonität des Leasingnehmers für den Leasinggeber von vorneherein viel grösser als beim Finanzierungsleasing von Mobilien. Eine Verpflichtung seitens des Leasinggebers während mehr als zehn Jahren erscheint dadurch bereits schon sehr riskant. Aufgrund eines Teilamortisationsgeschäftes wird es möglich, dieses Risiko umfangmässig als auch in zeitlicher Hinsicht in Grenzen zu halten. Sodann verläuft die Entwertung einer Baute wesentlich langsamer als diejenige eines mobilen Investitionsgutes, was im kleineren Ansatz der steuerlich zulässigen Abzüge für Abschreibungen von jährlich zwei bis maximal fünf Prozent der Investitionskosten in den einzelnen kantonalen Gesetzen zum Ausdruck kommt.

⁵ SCHLUEP (2) 821.

Dabei ist insbesondere auch noch auf jenen Fall hinzuweisen, da nicht nur eine Baute als Inhalt eines Baurechts im Sinne von Art. 779 ff. ZGB, sondern auch der dieser als Basis dienende Grund und Boden Gegenstand des Leasingvertrages darstellen. Bei dieser Konstruktion sind die steuerrechtlich zulässigen Abzugsquoten noch viel geringer, denn Grund und Boden entwerten sich nie bis auf Null; vielmehr kann ebensogut mit einem Mehrwert desselben bei Vertragsablauf gerechnet werden⁶.

Damit ist auch bereits der wesentlich langsamere Rhythmus der Rückzahlungen der vom Leasinggeber erbrachten Investitionen durch den Leasingnehmer mittels Leasingzins vorgezeichnet, soll das Immobilienleasing auch seine steuerliche Attraktivität beibehalten können. Demzufolge würde sich die für eine Vollamortisation erforderliche Vertragsdauer beim Immobilienleasing nicht auf wenige, sondern vielmehr auf mehrere Jahrzehnte erstrecken, was schliesslich ebenso im Widerspruch zu der diesem Geschäft zugrundeliegenden Idee stehen würde; denn das Immobilienleasing richtet sich in erster Linie an ertragsstarke Firmen in zukunfts-trächtigen Branchen, welche, anstatt ihre eigenen Mittel zu immobilisieren, diese für Forschung und Entwicklung verwenden wollen, deren Rentabilität nicht von vorne herein feststeht. Das Immobilienleasing ermöglicht dabei dem Leasingnehmer einerseits, die für die Weiterentwicklung von Produkten benötigten Gebäulichkeiten durch einen Dritten, den Leasinggeber, finanzieren zu lassen, andererseits aufgrund des Teilamortisationsmodells bereits nach Rückzahlung eines Teils der vom Leasinggeber bezahlten Investitionskosten – in der Regel erstmals nach Ablauf von zehn Jahren – das eingegangene Engagement neu zu überdenken und entsprechend zu handeln. Entweder zeigt sich der Leasingnehmer aufgrund der erfolgreichen Weiterentwicklung seiner Produkte am Fortbestehen des Leasingverhältnisses bei mindestens zur Amortisation von vierzig bis fünfzig Prozent aller Investitionskosten, d.h. bis auf das Niveau der 1. Hypothek interessiert⁷, oder er gibt das Leasingobjekt dem Leasinggeber zurück oder erwirbt es gleich selber zum Preis der noch nicht zurückbezahlten Investitionskosten.

B) Ergebnis

Aufgrund der Gegenüberstellung der beiden Arten von Finanzierungsleasingverträgen ist folgendes festzustellen: Beiden Verträgen liegt weder die Idee eines Absatz noch jene eines Vertriebsgeschäftes, sondern die Idee eines solchen Geschäftes zugrunde, welches die Finanzierung des vollen Gebrauchs eines wirtschaftlichen

⁶ Vgl. BRUMANN 49.

⁷ Von diesem Zeitpunkt an sind in der Regel bloss noch die Zinsen der verbleibenden 1. Hypothek vom Leasingnehmer zu bezahlen.

Gutes während einer bestimmten Dauer zum Inhalt hat. Das Fehlen einer Veräusserungs- bzw. Vermietungsabsicht im eigentlichen Sinne kommt in beiden Leasingabreden rein formell schon dadurch zum Ausdruck, dass der Begriff der Veräusserung nie sowie jener der Vermietung bloss für die Phase der Gebrauchsüberlassung innerhalb der ganzen Vertragsabwicklung verwendet wird, ohne dabei jedoch in irgendeiner Form auf die konkreten Bestimmungen von Art. 253 ff. OR Bezug zu nehmen. Sodann ist auch materiell keiner der beiden Arten von Vertragsabreden eine Bestimmung zu entnehmen, wonach der Leasinggeber kaufrechtliche Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Lieferung des Leasingobjektes – wie beispielsweise Gewährleistungs- oder Garantieverpflichtungen – zu übernehmen hätte⁸.

Demgegenüber wird die Bedeutung des Finanzierungsleasinggeschäftes, nämlich Finanzierung des Gebrauchs einer Sache, in beiden Leasingabreden damit unterstrichen, dass sich der Leasinggeber ausdrücklich verpflichtet, auf entsprechende Veranlassung hin seitens des Leasingnehmers das Leasingobjekt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu erwerben und diesem auf bestimmte Zeit hin gegen periodisch zu entrichtendes Entgelt zu uneingeschränktem Gebrauch zu überlassen. Der für diese Gebrauchsüberlassung sowohl beim Finanzierungsleasing von Mobilien wie auch bei jenem von Immobilien verwendete Begriff der Vermietung ist, wenn nicht falsch, so doch zumindest irreführend, da der Inhalt der beim Finanzierungsleasing anzutreffenden Gebrauchsüberlassung für den Leasinggeber, abgesehen von der Pflicht zur Übergabe des Leasingobjektes an den Leasingnehmer bei Vertragsbeginn und zur Rücknahme desselben bei Vertragsablauf, in einer reinen Enthaltungsverpflichtung im Sinne einer «obligatio non faciendi» besteht⁹.

Dies nicht bloss mangels Übernahme von Pflichten und Lasten durch den Leasinggeber im Zusammenhang mit der Gebrauchsüberlassung des Leasingobjektes, sondern auch infolge des dem Leasinggeber auferlegten Verbotes, während der Vertragsdauer irgendwelche Handlungen am Leasingobjekt vorzunehmen, welche dessen vollen Gebrauch durch den Leasingnehmer beeinträchtigen könnten. Eine Veräusserung des Leasingobjektes durch den Leasinggeber an einen Dritten ist sowohl beim Finanzierungsleasing von Mobilien als auch bei jenem von Immobilien, da kein Kaufsrecht des Leasingnehmers im Grundbuch eingetragen ist, nur unter der Bedingung statthaft, dass der Dritte für die Wahrung der aus dem Leasingverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten des Leasinggebers und Leasingnehmers vorbehaltlos einsteht.

Weder beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien noch bei jenem von Immobilien handelt es sich um gesetzlich geregelte Verträge; vielmehr stellen beide gemischte Verträge eigener Art dar, bei welchen Tatbestandsmerkmale von gesetzlich geregelten mit solchen von gesetzlich nicht geregelten Vertrags-

⁸ Vgl. § 7 V.

⁹ GIOVANOLI (4) 13.

typen¹⁰ vereinigt sind. Diese Art von gemischten Verträgen werden im Unterschied zu jenen Verträgen, welche sich bloss aus Elementen verschiedener gesetzlich geregelter Vertragstypen zusammensetzen und demzufolge als reine gemischte Verträge bezeichnet werden, den Verträgen eigener Art zugeordnet¹¹.

Beschränkt sich somit der Unterschied zwischen dem Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien und jenem von Immobilien im wesentlichen bloss auf das jeweilige Leasingobjekt sowie auf die Form der eingegangenen Verpflichtungen, so erscheint es im Hinblick auf die Erörterung der Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien als zweckmässig, die in der Lehre bis anhin entwickelten Theorien bezüglich der Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Mobilien in Erinnerung zu rufen. Dadurch wird es möglich, zu prüfen, ob sich eine dieser Theorien per analogiam auch auf den Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien anwenden lässt oder ob nach einer weiteren Möglichkeit für die Qualifikation von dessen Rechtsnatur gesucht werden muss.

III. Die Theorien bezüglich der Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Mobilien in der schweizerischen Lehre

A) Der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien als Veräusserungsvertrag

Ein Teil der schweizerischen Lehre und Rechtssprechung¹² erblickte ursprünglich im Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien einen Veräusserungsvertrag, welcher

¹⁰ Von Bedeutung in dieser Hinsicht ist die Überwälzung folgender Pflichten und Risiken auf den Leasingnehmer:

- Kosten und Gefahrtragung der Ablieferung, soweit nicht vom Lieferanten getragen
- Wahrung sämtlicher Mängelruegpflichten gegenüber dem Lieferanten
- Unterhalts-, Wartungs- und Reparaturkostentragung
- Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche direkt gegenüber dem Lieferanten
- Vorbehaltlose Leasing/zinszahlungspflicht des Leasingnehmers im Gewährleistungsfalle
- Ausschluss der Sachgewährleistung des Leasinggebers, soweit der Lieferant nicht in Anspruch genommen werden kann
- Gefahrtragung für allfälligen Untergang des Leasingobjektes während der Vertragsdauer
- Versicherungspflicht

Vgl. hierzu auch RINDERKNECHT 89.

¹¹ MEIER HAYOZ (I) N 3, dort zitiert MESSINEO 226, SCHLUEP (2) 773 und 776.

¹² Für die schweizerische Lehre vgl. insbesondere HAUSHEER 224 ff.; STAUDER 30 ff.; STOFER 154 ff.; ebenso ursprüngliche Meinung von GIGER, in GIGER (I) 158 f. Für die schweizerische Rechtssprechung vgl. Tribunal Cantonal de Vaud vom 30. Januar 1974 i.S. A.c.D.; dieselbe Instanz im Entscheid vom 16. Mai 1974 in SJZ 1974, S. 335 Nr. 95; ebenso im Entscheid vom 5. September 1974 in JT 1976 II 31.; Bezirksgericht Zofingen vom 23. August 1974 i.S. A.c.C.

den Bestimmungen des Abzahlungsrechtes von Art. 226 a–m OR zu unterstellen sei; insbesondere wurde hiefür geltend gemacht, dass die Dauer der Gebrauchsüberlassung, wie sie der Finanzierungsleasingvertrag gewähre, der wirtschaftlichen Lebensdauer des Leasingobjektes sehr nahe komme, wenn nicht gar entspreche. Indem das Leasingobjekt am Ende der Vertragsdauer praktisch entwertet sei und der Kaufpreis desselben bis zu diesem Zeitpunkt dem Leasinggeber ratenweise – in Form von Leasingzinsen – zurückerstattet worden sein, liege mit dem Finanzierungsleasingvertrag ein Geschäft im Sinne von Art. 226 m OR vor. Da der Leasinggeber jedoch während der ganzen Vertragsdauer und grundsätzlich sogar noch darüber hinaus Eigentümer des Leasingobjektes bleibe, würden zudem auch noch die Bestimmungen betreffend den Eigentumsvorbehalt i.S. von Art. 715 ZGB zur Anwendung gelangen. Zwar würden die Vertragsparteien den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien entgegen den tatsächlich vorgenommenen vertraglichen Vereinbarungen einen Gebrauchsüberlassungsvertrag nennen; darin könne allerdings nur der Versuch erblickt werden, eine Möglichkeit zur Umgehung der zwingenden Bestimmungen von Art. 715 ZGB zu finden. Solange die Parteien es nämlich unterliessen, einen vereinbarten Eigentumsvorbehalt im Eigentumsvorhaltsregister einzutragen, würde das Eigentum am Leasingobjekt mit der Besitzübertragung desselben an den Leasingnehmer automatisch auf diesen übergehen¹³.

Auch SCHUBIGER erblickt im Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien einen Veräusserungsvertrag, allerdings in wesentlich differenzierterem Sinn¹⁴. Nach seiner Meinung ist zu unterscheiden, ob im Moment des Vertragsabschlusses seitens der Parteien eine Veräusserungs- bzw. Kaufsabsicht vorlag oder nicht. In ersterem Falle, was allerdings nicht mehr dem Wesen des Finanzierungsleasing entsprechen würde, läge nach seiner Meinung sodann ein Abzahlungsvertrag sui generis im Sinne der ursprünglichen, oben dargelegten Veräusserungsvertragstheorie vor. In letzterem Falle würde es sich jedoch um einen Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis handeln, welcher Art. 226 m Abs. 4 OR unterliegen würde, mit der Besonderheit allerdings, dass die Bestimmung von Art. 715 ZGB mangels Veräusserungsabsicht nicht zur Anwendung käme.

B) Der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien als Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis

Dem in der Praxis sich zunehmend manifestierenden Bedürfnis nach einer klaren Rechtsgrundlage für den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien versuchte die Lehre mit einem weiteren Lösungsvorschlag auf die Frage nach der schuldrecht-

¹³ Für die Vertreter der Veräusserungsvertragstheorie in der deutschen Lehre vgl.: LWOWSKI 97; HERBER 101 ff.; EBENROTH 588 ff.; STAUDINGER-EMMERICH §§ 535, 536 N 50.

¹⁴ SCHUBIGER 117 ff.; gl.M. BRUMANN 45 ff.

lichen Einordnung dieses Rechtsgeschäftes zu entsprechen. Dabei galt es vor allem – in Fortführung der von SCHUBIGER entwickelten Theorie¹⁵ – eine Möglichkeit zu finden, welche die gleichzeitige Anwendung der Bestimmungen über den Abzahlungskauf und über den Eigentumsvorbehalt vermied.

Nachdem zunächst der Versuch unternommen worden war, den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien aufgrund seiner Ähnlichkeit mit der Miete und der Pacht auch als Mietvertrag zu qualifizieren¹⁶, fanden schliesslich die Abweichungen zwischen Finanzierungsleasing und Miete mehr und mehr Beachtung. Verschiedene Autoren erblickten sodann im Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien einen Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis*¹⁷. Grundtenor dieser Meinung ist, dass neben dem im OR geregelten Mietvertrag noch Platz für einen anderen, unbenannten Gebrauchsüberlassungsvertrag mit Elementen des Auftrags und/oder Kaufes sowie mit einer besonderen Risikoverteilung vorhanden sei¹⁸. Vorallem GIGER – ebenfalls unter Einfluss der von Schubiger vertretenen Meinung – hat zur Entwicklung der Theorie über den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien als Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* mit seiner Abhandlung über den Leasingvertrag¹⁹ und damit gleichzeitig in Abänderung seiner ursprünglichen Meinung²⁰ Entscheidendes beigetragen. Abgesehen davon, dass in den Vertragsformularen der einzelnen Leasinggesellschaften der Begriff «Veräusserung» nie explizit vorkommt, lehnt Giger die Anwendung der abzahlungsrechtlichen Bestimmungen auf den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien sodann vor allem damit ab, dass die Gleichsetzung der Zweckverfolgung beim Finanzierungsleasing mit derjenigen von Art. 226 m Abs. 1 OR eine hypothetische sei. Dafür macht er insbesondere geltend, dass die totale Entwertung eines Investitionsgutes nicht zwingend mit der gänzlichen Amortisation, welche beim Finanzierungsleasingvertrag regelmässig auf eine bestimmte Dauer festgelegt werde, parallel einhergehe. Dementsprechend liege beim Finanzierungsleasingvertrag nicht bloss keine Übertragung des rechtlichen, sondern auch keine des wirtschaftlichen Eigentums am Leasingobjekt auf den Leasingnehmer vor²¹. Sodann verneint Giger die Anwendbarkeit der abzahlungsrechtlichen Bestimmungen auf den Finanzierungsleasingvertrag auch deshalb, da nach seiner Meinung für diesen Vertrag das in Art. 226 m Abs. 4 OR statuierte Sozialschutzbedürfnis der Vertragsparteien entfalle, denn diese seien ausnahmslos erfahrene Geschäftsleute²².

¹⁵ Vgl. SCHUBIGER 117 ff.

¹⁶ JEANPRÊTRE 271 f.

¹⁷ GIGER (2) 53; GUHL/MERZ/KUMMER, 293 ff. und 322; SCHLUEP (2) 826; vgl. insbesondere RINDERKNECHT 89 ff.

¹⁸ Vgl. SCHLUEP (2) 826, wo er vor allem die Meinung vertritt, es lägen beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien auch noch kaufrechtliche Elemente vor.

¹⁹ GIGER (2), vorallem 32–60.

²⁰ GIGER (1) 158 f.

²¹ Zum gleichen Schluss, wenn auch mit anderer Begründung gelangt RINDERKNECHT, 45–55.

²² Vgl. dazu die Kritik bei GIOVANOLI (1) 338.

Auch wenn entsprechend dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise das Finanzierungsleasing nicht den Zweck eines Veräusserungsgeschäftes, sondern jenen der Gebrauchsfinanzierung erfüllt und damit ein Vergleich mit den Gebrauchsüberlassungsverträgen naheliegen würde, lässt sich für Giger der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien dennoch keiner dieser Vertragsart zuordnen; währenddem nämlich die Gebrauchsleihe gemäss Art. 305 OR, wie Giger geltend macht, zwingend unentgeltlich sei, verpflichte sich beim Darlehen gemäss Art. 312 OR der Darleiher zur Übergabe des Eigentums an einer Summe Geldes oder an anderen vertretbaren Sachen, der Borger hingegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte²³. Dem Leasingnehmer werde jedoch, worauf Giger an dieser Stelle ebenfalls verweist, beim Finanzierungsleasing weder eine Sache unentgeltlich zum Gebrauch überlassen, noch verpflichte sich der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer zur Übergabe des Eigentums an einer Summe Geld – diese erfolge vielmehr an den Lieferanten bzw. Hersteller des Leasingobjektes – oder an einer anderen vertretbaren Sache, welche dem Leasingnehmer in gleicher Menge und Güte zurückzuerstatten wäre. Vielmehr habe der Leasingnehmer genau dasjenige Leasingobjekt, das er seinerzeit vom Leasinggeber erhalten habe, diesem zurückzugeben.

Ausgehend von der Tatsache, dass beim Finanzierungsleasingvertrag der Parteiwille auf eine Gebrauchsüberlassung, nämlich auf Überlassung eines vom Leasinggeber finanzierten Investitionsgutes zu Gebrauch gegen Entgelt, gerichtet ist, unterzieht Giger schliesslich in Anwendung von Art. 18 OR den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien einem Vergleich mit der Miete. Dabei stellt er fest, dass mit dem Finanzierungsleasingvertrag zwar die Essentialia des Mietvertrages erfüllt werden, indem dem Leasingnehmer im Austausch gegen periodisch zu entrichtende Leasingzinsen der Leasinggegenstand zum Gebrauch überlassen wird, jedoch durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dieses Vertrages die Pflichten des Leasinggebers «im Vergleich zu dem vom Gesetz dispositiv normierten Pflichten» des Vermieters wesentlich verringert werden²⁴.

Auch wenn die Bestimmungen des Finanzierungsleasingvertrages von Mobilien, welche von den im Gesetz dispositiv statuierten Normen des Mietvertrages abweichen, vorallem allfällige Störungen bei der Vertragsabwicklung betreffen²⁵, wirken nach Meinung von GIGER die für die Leasingabrede charakteristischen Vertragsbestimmungen in bezug auf die Legaldefinition des Mietvertrages nicht bloss typenfremd, sondern vielmehr typenverfremdend²⁶.

Indem schliesslich beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen die wichtigsten Vertragspflichten des Vermieters soweit abgeändert werden, dass bei diesem Rechtsgeschäft ausser dessen allfälliger

²³ GIGER (2) 48.

²⁴ GIGER (2) 49 ff., insbesondere 51. Vgl. auch vorne N 10.

²⁵ Vgl. RINDERKNECHT 90.

²⁶ GIGER (2) 51; gl.M. SCHLUEP (2) 824 ff.; RINDERKNECHT 90.

Bezeichnung als Mietvertrag vom gesetzlich geregelten Mietvertrag nur noch die Gebrauchsüberlassung und das hierfür periodisch zu entrichtende Entgelt als Gegenleistung übriggeblieben sind, liegt nach seiner Meinung mit diesem Vertrag auch ein «funktionsfremder Gebrauch» des Mietvertrages nach Art. 253 ff. OR vor²⁷. Der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien stellt damit für Giger einen atypischen Mietvertrag im Sinne eines Gebrauchsüberlassungsvertrages *sui generis* dar, welcher neben Tatbestandsmerkmalen eigener Art miet- und auftragsrechtliche Bestandteile enthält. Diese Ansicht fand denn auch in der Praxis wiederholt Bestätigung²⁸.

C) Der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien als Kreditvertrag *sui generis*

Nachdem sich die dogmatische Auseinandersetzung bezüglich der Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Mobilien für längere Zeit auf die Frage konzentriert hat, ob dieses Rechtsgeschäft der Gruppe der Veräusserungs- oder Gebrauchsüberlassungsverträge zuzuordnen sei, vertreten seit einigen Jahren verschiedene Autoren im In- und Ausland die Meinung, dass diesem Geschäftsvorgang ein Kreditvertrag *sui generis* zugrunde liege. Allen diesen Autoren ist gemeinsam, dass sie sich zur Begründung ihrer Theorie auf das dem Finanzierungsleasing zugrundeliegende Finanzierungselement abstützen. Anhand desselben kommen sie zum Schluss, dass der massgebliche effektive Wille der Vertragsparteien auf einen Kreditvertrag ausgerichtet sei und deshalb die Qualifikation dieses Vertrages als Gebrauchsüberlassungsvertrag nicht dem eigentlichen Parteiwille entspreche.

In der Schweiz gab insbesondere GIOVANOLI der Diskussion über die Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages in dieser Richtung entscheidende Impulse²⁹.

Da die Leasinggesellschaften als Leasinggeber, entsprechend den zur Verfügung stehenden Vertragsformularen für Finanzierungsleasingverträge von Mobilien, keine Güter zur Miete oder zum Kauf anbieten würden, spricht Giovanoli diesen die Qualität von Vermietern bzw. Verkäufern ab; auch würde beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien der Leasinggeber, im Unterschied zum Veräusserer bzw. Vermieter, keine über die eigentliche Beschaffung oder zur Verfügungstellung des Leasingobjektes hinausgehende Verpflichtung eingehen, noch mit dem Leasingobjekt verbundene Risiken oder Lasten – mit Ausnahme der Werkeigentümerhaftung –

²⁷ GIGER (2) 52.

²⁸ Vgl. dazu die schweizerische Rechtssprechung, welche Leasingverträge wiederholt als Gebrauchsüberlassungsverträge qualifiziert hat: Kassationshof des Bundesgerichtes am 11. Juli 1975 i.S. T.c.P.; Handelsgericht Zürich in: ZR 76 Nr. 50; Obergericht des Kantons Zürich am 13. November 1981, in: ZR 82 Nr. 19 E II. 1; Bezirksgericht Brugg am 1. Juni 1982 i.S. C. c. A.; Obergericht des Kantons Aargau am 17. Dezember 1982 i.S. C. c. A.

²⁹ GIOVANOLI (1) 352–431; (2) 55–58; (3) 172–180; (4) 12–18; (5) 17 ff.; (6) 13.

tragen. Ebenso spreche die jeweilige Wegbedingung jeglicher Gewährleistungs- bzw. Erhaltungspflichten durch den Leasinggeber gegen einen Veräusserungs- oder Gebrauchsüberlassungsvertrag. Vielmehr liege bei der Berücksichtigung des den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Stellenwertes des Finanzierungselementes beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien ein Kreditvertrag sui generis mit Elementen des Darlehens und des Auftrages sowie mit einer Sicherungsabrede vor. Das auftragsrechtliche Element erblickt Giovanoli dabei darin, dass der künftige Leasingnehmer den Leasinggeber auffordere, in eigenem Namen, jedoch auf Rechnung des Leasingnehmers das Leasingobjekt zu erwerben. Gleichzeitig mit der Annahme dieses Auftrages verpflichte sich der Leasinggeber, wie GIOVANOLI geltend macht, dem Leasingnehmer ein Darlehen in Höhe des Kaufpreises des Leasingobjektes zu gewähren, wobei es allerdings nicht zu einem direkten Geldkredit oder Sachkredit, sondern zu einem Verpflichtungskredit komme³⁰. Eine solche Verknüpfung von Auftrag und Darlehen stelle, wie GIOVANOLI weiter ausführt, keineswegs eine Neuigkeit dar, sondern sei auch beim Kreditauftrag nach Art. 408 OR anzutreffen, wo allerdings der Kredit einem Dritten und nicht dem Auftraggeber selber eröffnet werde, sowie beim Kreditbrief nach Art. 407 OR. Das darlehensrechtliche Element liesse sich soann anhand der Struktur der Leasingraten erklären, «die nichts anderes als die ratenweise Rückzahlung des finanziellen Aufwandes der Leasinggesellschaft, Kapital nebst Zinsen, darstellt und auch in der Praxis so kalkuliert wird³¹».

Entsprechend dieser Betrachtungsweise kommt GIOVANOLI zum Schluss, dass während der festen Vertragsdauer die Lage des Leasinggebers mit derjenigen eines treuhänderischen Eigentümers zu Sicherungszwecken, wie sie in analoger Weise in Art. 401 OR vorgesehen ist, verglichen werden könne und dass deshalb das Finanzierungsleasing von Mobilien auch die Wesensmerkmale der Sicherungsübereignung zum Inhalt habe³².

Seine Ansicht findet Giovanoli vorallem darin bestätigt, dass der Leasinggeber wie der Sicherungseigentümer während der ganzen Vertragsdauer kein anderes Recht und keine andere Pflicht habe, als das Eigentum am Leasingobjekt bis zur Vertragsbeendigung zu bewahren, ohne das Objekt selber zu benützen. Dabei übersieht er nicht, dass zwischen Sicherungsübereignung und Finanzierungsleasing ein gewichtiger Unterschied besteht, indem der Sicherungseigentümer nach vollständiger Rückzahlung des Kredites die Verpflichtung hat, das Eigentum des Treugutes auf den Schuldner zu übertragen, beim Finanzierungsleasing die Parteien jedoch grundsätzlich den Verbleib des Eigentums am Leasingobjekt nach Ablauf der Grundvertragszeit und damit auch nach Rückzahlung aller Investitionskosten durch den Leasingnehmer an den Leasinggeber bei diesem vorsehen. Diesen Unterschied erklärt Giovanoli sodann damit, dass beim Finanzierungsleasing von Mobi-

³⁰ Vgl. hiezu RINDERKNECHT 72 f.

³¹ GIOVANOLI (4) 14.

³² Vgl. hiezu auch RINDERKNECHT 71.

lien das finanzierte Objekt, das dem kreditgebenden Leasinggeber als dingliche Sicherheit diene, parallel zur Rückzahlung des Kredites sich entwerte. Beim Finanzierungsleasing von Mobilien stelle damit das Leasingobjekt ein «schwindendes Pfand» dar, dessen Übergabe an den Schuldner nach Ablauf der Vertragsdauer gegenstandslos werde, da es dannzumal grundsätzlich völlig entwertet sei.

Auf eine gewisse Verwandtschaft seiner Kreditvertragstheorie mit der von Giger vertretenen Theorie, es handle sich beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien um einen Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis*, weist GIOVANOLI damit hin, dass auch Kredit eine Form der Gebrauchsüberlassung darstelle³³. Schliesslich begründet er die Zulässigkeit seiner Theorie damit, dass die von den Parteien angestrebte dingliche Kreditsicherung auch in sachenrechtlicher Hinsicht mit den Bestimmungen des schweizerischen Privatrechts vereinbar sei. Der für die Sicherungsübereignung massgebliche Art. 717 ZGB als *lex specialis* zu Art. 884 Abs. 1 ZGB erkläre den Eigentumsübergang an Fahrnis Dritten gegenüber als unwirksam, solange die Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräusserer bleibt und wenn damit eine Benachteiligung Dritter oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt wird. Während das Sale-and-Lease-Back-Verfahren genau diesen Tatbestand zum Inhalt habe und deshalb mit dem Schweizerrecht weiterhin unvereinbar bleibe³⁴, sei derselbe Artikel auf den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien deshalb nicht anwendbar, da der Leasinggeber die Sache nicht vom Leasingnehmer, bei welchem sie sich während der Vertragsdauer befindet, sondern von einem Dritten, dem Lieferanten oder Hersteller, erwerbe³⁵.

Die von Giovanoli vertretene Theorie erfuhr in der Schweiz durch die Rechtsprechung in einzelnen Teilen Bestätigung. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass, bevor 1982 in zwei aargauischen Entscheiden³⁶ der Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien erstmals als Innominatkontrakt *sui generis* qualifiziert wurde, bereits in früheren Entscheiden³⁷, in welchen das Vorhandensein eines Gebrauchsüberlassungsvertrages *sui generis* bei diesem Rechtsgeschäft anerkannt worden war, auch die Eigenständigkeit dieses Vertrages aufgrund der von ihm erfüllten Kredit- und Sicherungszwecken betont worden war. Insbesondere war in diesen Urteilen auch der Tatsache Beachtung geschenkt worden, dass durch den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien dem Leasingnehmer das wirtschaftliche Eigentum am Leasingobjekt gewährt werde, währenddem gleichzeitig das rechtliche Eigentum daran beim Leasinggeber verbleibe.

³³ GIOVANOLI (5) 18.

³⁴ G.M. GIGER (2) 58.

³⁵ G.M. HANISCH 183.

³⁶ Bezirksgericht Brugg, 1. Juni 1982, nicht veröffentlicht; Obergericht des Kantons Aargau, 17. September 1982, SJZ 1983, 308-311.

³⁷ Insbesondere Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 1. Juni 1977; im weiteren BGE (Kassationshof) vom 11. Juli 1975 i.S. Th. S.A. c. Procureur général de Genève (nicht veröffentlicht); Cour de justice civile, Genève 9. février 1979, Sem. jud. 1980, 165 ff.; Tribunal cantonal de Vaud, J.L. c. masse en faillite B., 7. mars 1979; Obergericht des Kantons Zürich, 13. November 1981, ZR 82 (1983) Nr. 13 Erw. II. 1.

§ 12 Die schuldrechtliche Qualifikation des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien

Vorgängig der Untersuchung, ob eine der eben dargestellten Theorien über die Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Mobilien auch für jenen von Immobilien zutrifft, muss betont werden, dass bei diesem die für dessen schuldrechtliche Einordnung relevanten Elemente wesentlich einfacher zu erfassen sind, als dies beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien der Fall ist. Beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien entfällt von vorneherein die Frage nach der Anwendbarkeit des im OR geregelten Abzahlungsrechtes – gemäss Art. 226 a Abs. 1 OR bezieht sich dieses ausschliesslich auf bewegliche Sachen – sowie der Bestimmungen über den Eigentumsvorbehalt und das Faustpfand¹. Im Bereich der Immobilien wird das Erfordernis der Publizität der dinglichen Berechtigungen an diesen durch die entsprechende Eintragung im Grundbuch erfüllt². BRUMANN, der erstmals die Frage nach der Rechtsnatur des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien aufgriff³, ohne sogleich eine definitive Antwort zu finden, schliesst nicht aus, dass aufgrund der grossen Bedeutung des bei diesem Rechtsgeschäft vereinbarten Kaufsrechtes – «denn der Bodenpreis ist nie gleich Null» – ein Veräusserungsvertrag anzunehmen sei. Er schränkt die Gültigkeit dieser Lösung allerdings sogleich wieder – richtigerweise, wie mir scheint – damit ein, dass eine solche Betrachtungsweise die ungleiche Behandlung von – trotz der Tatsache, dass beim Finanzierungsleasing von Immobilien im Unterschied zu jenem von Mobilien dem Leasingnehmer ein Kaufrecht eingeräumt wird – rechtlich grundsätzlich gleichen Tatbeständen im Immobiliari- und Mobiliarsektor zur Folge hätte. Er kommt deshalb zum vorläufigen Schluss, dass auch beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien in analoger Anwendung der von Schubiger für den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien entwickelten Theorie durch genaue Vertragsinterpretation jeweils festgestellt werden muss, ob eine Kaufs- bzw. Veräusserungsabsicht bei Vertragsabschluss vorlag oder nicht. Eine solch differenzierte Prüfung rechtfertigt sich nach Brumann deshalb, da der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien regelmässig einen Individualvertrag darstelle.

GIOVANOLI seinerseits sieht, insbesondere aufgrund der in sachenrechtlicher Hinsicht wesentlich einfacheren Verhältnisse beim Immobilienleasing, keine Pro-

¹ Art. 715 und 717 in Verbindung mit Art. 884 ZGB.

² BRUMANN 49; GIOVANOLI (I) 342, (4) 7; SCHUEPBACH 204 ff.

³ BRUMANN am selben Ort.

bleme bei der Anwendung seiner für den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien entwickelten Kreditvertragstheorie auf den Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien⁴.

Schliesslich liefert SCHUEPBACH, der sich als erster Autor in der Schweiz mit dem Immobilienleasing unter besonderer Berücksichtigung sachenrechtlicher Aspekte gründlicher auseinandersetzte, ebenfalls keine definitive Antwort auf die anstehende Frage. Er zählt vielmehr die drei Haupttheorien über den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien auf und hält dabei fest, dass der Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* nach der Theorie von Giger die Qualifikation des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien wie auch von Mobilien aus der Optik des Leasingnehmers darstelle, während die von Giovanoli entwickelte Theorie die Qualifikation beider Arten von Finanzierungsleasingverträgen aus der Sicht des Leasinggebers sei. Die Veräusserungsvertragstheorie schliesslich liesse sich vom Standpunkt des Dritten aus rechtfertigen⁵.

I. Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Veräusserungsvertrag

Gemäss Art. 184 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen.

In allen dieser Untersuchung zur Verfügung stehenden Beispielen von Finanzierungsleasingverträgen von Immobilien verpflichtet sich indessen der Leasinggeber entsprechend dem wirtschaftlichen Zweck dieses Rechtsgeschäftes – Finanzierung durch Überlassung einer industriell oder gewerblich nutzbaren Baute zum Gebrauch gegen periodisch zu entrichtendes Entgelt – ausdrücklich bloss zur Gebrauchsüberlassung während der vom Leasingnehmer gewünschten Vertragsdauer. Die wesentliche Vertragspflicht des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer erschöpft sich damit in der Übergabe des Leasingobjektes zum Gebrauch auf Zeit; den Vereinbarungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer kann jedoch weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Bestimmung, welche den Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer zur Eigentumsverschaffung am Leasingobjekt, insbesondere durch Duldung einer Eintragung des Leasingnehmers als Eigentümer am Leasingobjekt, verpflichten würde, entnommen werden. Der Leasingnehmer seinerseits verpflichtet sich beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien zur

⁴ GIOVANOLI (1) 342, (4) 7.

⁵ SCHUEPBACH 198 ff.

Bezahlung des Leasingzinses als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung. Obgleich sich der Leasingzins zusammensetzt aus Amortisationsraten, Kapitalzinsen und Gewinnanteilen für den Leasinggeber⁶, ist die Leistung des Leasingnehmers nicht als besondere Form der Bezahlung des Kaufpreises der von ihm genutzten Baute zu betrachten. Vielmehr ist bei der Beurteilung der rechtlichen Natur der vom Leasingnehmer erbrachten Leistung erneut zu berücksichtigen, dass der Leasinggeber wie beim Finanzierungsleasing von Mobilien auch bei jenem von Immobilien eine Finanzierungsfunktion ausübt und deshalb mit einem Investor verglichen werden kann, «welcher sich als Vermögensanlage eine Liegenschaft als Mietobjekt anschafft, um aus den Mietzinseinnahmen eine Rendite auf dem investierten Kapital zu erzielen.»⁷ Dass im Falle eines sehr langfristigen Mietverhältnisses der Mieter Mietzinseinnahmen erbringt, welche auch einen erheblichen Teil der Anschaffungskosten ausmachen, liegt auf der Hand.

Im Unterschied zum herkömmlichen, im OR geregelten Mietvertrag verpflichtet sich der Leasinggeber jedoch beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien gegenüber dem Leasingnehmer nicht bloss zu einer Gebrauchsüberlassung während mindestens zehn bis fünfzehn Jahren, sondern er stellt dem Leasingnehmer mit dem Leasingobjekt eine erst auf dessen Veranlassung hin erbaute oder zumindest gekaufte Baute zur Verfügung. Der Abschluss eines unkündbaren Vertrages von mindestens zehn bis fünfzehn Jahren Dauer und damit gleichzeitig die Übertragung des Investitionsrisikos für diese Zeit auf den Leasingnehmer erlauben dem Leasinggeber, ein ertragsloses Brachliegen der Investition zumindest während des ungestörten Ablaufs der Leasingvertragsdauer zu vermeiden.

Schliesslich rechtfertigt sich der Miteinbezug der Amortisationsraten in den Leasingzins beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien auch aufgrund des ebenso für dieses Geschäft typischen erhöhten Amortisationsbedarfes. Die Vertragsobjekte beim Finanzierungsleasing, insbesondere bei demjenigen von Immobilien, unterliegen aufgrund ihrer den individuellen Wünschen des Leasingnehmers entsprechenden Ausgestaltung im Unterschied zu herkömmlichen Mietobjekten, wie Wohnungsbauten und konventionelle Bürogebäulichkeiten, einer rascheren Entwertung und sind auch aus demselben Grund in ihrer Bewertung von den Einflüssen der jeweils herrschenden allgemeinen Konjunkturverhältnisse stärker abhängig.

Auch wenn mit diesen Ausführungen die Annahme, die Bezahlung des Leasingzinses durch den Leasingnehmer stelle beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien eine versteckte Form der Kaufpreiszahlung dar, widerlegt wird, könnte man versucht sein, den Leasingnehmer zumindest als wirtschaftlichen Eigentümer und damit den Vertrag selber in Analogie zu Art. 226 m Abs. 1 OR als Veräusserungsvertrag besonderer Art, wie das auch beim Finanzierungsleasingvertrag von

⁶ Vgl. hiezu § 7 V. B 1. a.

⁷ Vgl. bezüglich der analogen Situation beim Finanzierungsleasing von Mobilien: RINDER-KNECHT 53.

Mobilien geschehen war⁸, zu qualifizieren. Eine solche Betrachtungsweise wäre allerdings damit abzulehnen, dass beim Finanzierungsleasing von Immobilien regelmässig Teilamortisationsverträge, d.h. Verträge, welche eine Amortisation bis auf fünfzig bis sechzig Prozent – in der Regel entspricht dieser Prozentsatz dem Umfang der 1. Hypothek – zum Inhalt haben, abgeschlossen werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich eine Baute in sehr seltenen Fällen, Grund und Boden praktisch nie, bis auf Null entwerten. Von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums am Leasingobjekt auf den Leasingnehmer kann beim Finanzierungsleasing von Immobilien deshalb nicht gesprochen werden.

Für BRUMANN spielt bei der Beurteilung, ob beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien die Elemente der Miete oder des Kaufes vorherrschen, die Tatsache, dass Immobilien keine Güter sind, deren Wert nach Ablauf einer gewissen Gebrauchszeit gegen Null streben, wie das bei Mobilien der Fall ist, eine wichtige Rolle, da dem Leasingnehmer mit diesem Rechtsgeschäft gleichzeitig ein Kaufrecht eingeräumt wird. Er hält es zumindest für möglich, in der Kombination von Restwert und Kaufrecht einen Ansatzpunkt für die Qualifikation des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien als Veräusserungsvertrag zur Verfügung zu haben⁹. Aufgrund des preislich festbestimmten Kaufrechts den Vertragsparteien bei Vertragsabschluss zwingend eine Veräusserungs- bzw. Erwerbsabsicht zuzuschreiben, käme jedoch nicht bloss einer Überschätzung der Bedeutung dieses Kaufrechts gleich, sondern stünde zugleich auch im Widerspruch mit dessen Begriff und Inhalt; ein Kaufrecht stellt bloss die durch Rechtsgeschäft begründete Befugnis dar, eine Sache – Grundstück oder Fahrnis – innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen nach Belieben oder unter bestimmten Voraussetzungen zu den festgelegten Bedingungen käuflich zu erwerben¹⁰. Aufgrund des Kaufrechts kann deshalb von einer Verpflichtung des Leasingnehmers, das Leasingobjekt bei Vertragsablauf zu erwerben, nicht gesprochen werden; vielmehr wird dem Leasingnehmer damit lediglich die Möglichkeit eingeräumt, das Leasingobjekt im Bedarfsfall bei Ablauf der Vertragsdauer – evtl. auch früher – käuflich zu erwerben. Obgleich BRUMANN darin zustimmen ist, dass sich Bauten nur selten, Grund und Boden sogar nie vollständig entwerten, ist auch zu beachten, dass es angesichts der grossen Vertragsdauer von zehn bis zwanzig Jahren, innerhalb welcher Amortisationszahlungen bis auf maximal fünfzig Prozent aller Investitionskosten geleistet werden, wohl Schwierigkeiten bereiten würde, den Verkehrswert des Leasingobjektes bei Vertragsablauf bereits im Moment des Vertragsabschlusses auch nur approximativ abzuschätzen. Die Gefahr, damit einer Spekulation zum Opfer zu fallen, dürfte nicht allzu gering sein. Während die Entwertung einer Moblie durch Gebrauch nach einer gewissen Zeit mehr oder weniger unabhängig von äusseren Faktoren kontinuierlich verläuft, wider-

⁸ Vgl. § 11 III. B.

⁹ BRUMANN 49 f.

¹⁰ MEIER-HAYOZ (2) ZGB 683 N 16; OTT 257.

spiegeln sich die allgemeinen Konjunkturverhältnisse sowohl in positiver wie auch in negativer Richtung sehr rasch und in besonderem Masse in der Bewertung von industriell oder gewerblich nutzbaren Immobilien individuellen Zuschnittes. Die Erfahrungen gerade in den letzten fünfzehn Jahren haben denn auch deutlich werden lassen, welche Schwierigkeiten es bereitet, gültige Prognosen über die Entwicklung der Konjunktur für eine Zeit von mehr als fünf Jahren aufzustellen. Der Unmöglichkeit einer einigermaßen zuverlässigen Einschätzung des Verkehrswerts einer Immobilie nach fünfzehn Jahren tragen denn auch die Bestimmungen einzelner Finanzierungsleasingverträge von Immobilien Rechnung, indem der Leasingnehmer den gegenüber dem errechneten Restwert tatsächlich herrschenden Minderwert einer Immobilie bei Vertragsablauf gänzlich zu tragen hat, an einem Mehrwert derselben jedoch zu fünfundsiebzig Prozent partizipieren kann. Es wäre deshalb übertrieben, den Parteien beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien von vorneherein eine definitive Veräusserungs- bzw. Erwerbsabsicht bei Vertragsabschluss unterstellen zu wollen.

II. Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Kreditvertrag sui generis

Bereits RINDERKNECHT¹¹ widerlegt – zumindest für den Bereich der Mobilien – die von Giovanoli entwickelte Theorie, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer beim Finanzierungsleasing einen Kreditvertrag sui generis darstellen würden, in dessen Zentrum ein Verpflichtungskredit zusammen mit einer Sicherungsabrede stehe. Insbesondere widerlegt Rinderknecht die Begründung Giovanolis für dessen Theorie, dass der effektive Wille der Vertragsparteien auf einen Kreditvertrag ausgerichtet sei und die juristische Form der Gebrauchsüberlassung nicht dem wirklichen Parteiwille entspreche, sondern eine Simulation im Sinne von Art. 18 OR darstelle; insbesondere macht Rinderknecht dabei geltend, dass der Zweck der Liquiditätsschonung, wie er mit dem Finanzierungsleasing verfolgt wird, mit der Zweckverfolgung, wie sie einem Kreditgeschäft zugrunde liege, nicht identisch sei. Er räumt in seiner Kritik zwar ein, dass sich die Funktionen des Financiers und des Vermieters beim Finanzierungsleasing in der Person des Leasinggebers vereinigen, weist jedoch gleichzeitig auch daraufhin, dass der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer nicht das Vertragsobjekt, sondern dessen Gebrauch finanziert. Dafür, dass es sich bei der Finanzierung des Gebrauchs einer Sache allerdings nicht gleichzeitig auch um eine Kreditierung des

¹¹ RINDERKNECHT 72 ff.

Gebrauchs handelt, macht Rinderknecht, nach meiner Meinung zu Recht, die Tatsache geltend, dass dem Leasingnehmer beim Finanzierungsleasing von Mobilien nicht eine Gebrauchsmöglichkeit am Vertragsobjekt im Sinne einer Vorleistung eingeräumt wird, sondern der Leasingnehmer den Leasingzins für die entsprechende Nutzungsdauer jeweils im voraus zu erbringen hat¹². Es ist deshalb RINDERKNECHT darin zuzustimmen, dass sich beim Finanzierungsleasing die Kreditierung vielmehr analog zum herkömmlichen Mietvertrag auf die Seite des Leasingnehmers verlagert¹³.

Nicht aber ist die Kreditvertragstheorie von Giovanoli bereits bloss aufgrund der Kritik von Rinderknecht hinsichtlich deren Gültigkeit für den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien auch bezüglich des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien, welchem dieselbe wirtschaftliche Zweckverfolgung zugrunde liegt, abzulehnen. Vielmehr wird gerade anhand des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien deutlich, dass die Motive beim Finanzierungsleasingvertrag schlechthin als Grundlage für die Theorie von Giovanoli und damit für die schuldrechtliche Qualifikation dieses Rechtsgeschäftes gegenüber dem eigentlichen Geschäftswillen, nämlich Gebrauchsüberlassung auf bestimmte Zeit, eine Überbetonung erfahren; denn gerade beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien erweist sich insbesondere unter dem Aspekt des Sachenrechts die Konstruktion des Kreditvertrages mit Sicherungsabrede zur Absicherung der Ansprüche des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer als überflüssig, da hiefür speziell das Rechtsinstitut der hypothekarischen Belastung eines Grundstückes in Form der Grundpfandverschreibung oder des Schuldbriefes mit entsprechendem Grundbucheintrag zur Verfügung stehen würde¹⁴, von den Parteien jedoch bezeichnenderweise nicht verwendet wird.

Auch wenn ebenso beim Finanzierungsleasing von Immobilien wie bei demjenigen von Mobilien das Eigentumsrecht am Leasingobjekt der Eckpfeiler des ganzen Leasingvertrages ist und dessen Funktion der dinglichen Absicherung der Ansprüche des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer bis zu einem gewissen Grad nicht geleugnet werden kann¹⁵, so hält beim Finanzierungsleasing von Immobilien die Parteien, insbesondere den Leasinggeber, nicht in erster Linie der allenfalls langwierige Weg der Verwertung bei Verzug und insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit des Leasingnehmers vor der Wahl der Finanzierung mittels hypothekarischer Belastung ab, wie dies GIOVANOLI für das Finanzierungsleasing von Mobilien, bei welchem an Stelle der hypothekarischen Belastung die Fahrnispfandbestellung zur Anwendung käme, vermutet¹⁶. Die Tatsache, dass eine solche Kon-

¹² GLM, SCHLUEP (I) 820.

¹³ RINDERKNECHT 56 und 85.

¹⁴ Art. 824 und 842 in Verbindung mit Art. 958 Ziff. 3 ZGB.

¹⁵ Vgl. hiezu GIOVANOLI (6) 12.

¹⁶ GIOVANOLI a.a.O.

struktion sich nicht mit dem auf Gebrauchsüberlassung durch den Leasinggeber – sondern mit einem auf Eigentumserwerb durch den Leasingnehmer – gerichteten Geschäftswillen decken würde, spielt für die Wahl der hundertprozentigen Fremdfinanzierung des Leasingobjektes durch den Leasinggeber, der während der Grundvertragszeit Eigentümer des Leasingobjektes bleiben will, beim Finanzierungsleasing von Immobilien eine weit wichtigere Rolle.

Vor allem aber in rein rechtlicher Hinsicht ist sodann festzustellen, dass die Kreditvertragstheorie von Giovanoli beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien ebensowenig den Gegebenheiten entspricht wie demjenigen von Mobilien. Auch beim Finanzierungsleasing von Immobilien wird der Leasinggeber vom Leasingnehmer nicht beauftragt, eine Immobilie in eigenem Namen aber auf Rechnung des Leasingnehmers zu erwerben; ebensowenig wie bereits beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien kann der Leasingnehmer bei jenem von Immobilien deshalb jemals im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR einen Anspruch auf Ablieferung des Leasingobjektes, d.h. auf Verschaffung des Eigentums daran, gegenüber dem Leasinggeber, in diesem Falle durch Duldung der Eintragung des Leasingnehmers im Grundbuch als Eigentümer des Leasingobjektes, geltend machen. Eine solche Ablieferungsobligation würde nicht bloss im Widerspruch zum Wesen des Finanzierungsleasing von Immobilien – der Finanzierung des Gebrauchs einer Immobilie – stehen, sondern zugleich auch das bei Vertragsabschluss vereinbarte Kaufsrecht als überflüssig erscheinen lassen. In noch geringerem Masse als dies beim Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien der Fall war, lässt sich beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien der von Giovanoli gemachte Versuch, diesen Widerspruch durch analoge Anwendung von Art. 401 OR, insbesondere Abs. 2, aufzuheben, nachvollziehen. Die in Art. 401 Abs. 3 OR statuierte Legalzession bezieht sich ausschliesslich auf jene Fälle, in welchen der Beauftragte tatsächlich Vermögensrechte an beweglichem Vermögen in eigenem Namen und auf Rechnung des Geschäftsherrn erworben hat¹⁷. Beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien hat der Leasinggeber jedoch das Leasingobjekt nicht nur – wie bei jenem von Mobilien – sowohl in eigenem Namen als auch auf eigene Rechnung erworben, sondern es handelt sich hierbei zudem auch noch um unbewegliches Gut. Eine analoge Anwendung von Art. 400 OR auf den Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien ist zudem ebenso mangels einer entsprechenden, ausdrücklich zwischen den Parteien vereinbarten Eigentumsübertragungspflicht, welche bei Immobilien – wie oben bereits erwähnt – der Duldung der Eintragung des Leasingnehmers als Eigentümer am Leasingobjekt durch den Leasinggeber entsprechen würde, ausgeschlossen. Im Gegensatz zum Finanzierungsleasing von Mobilien, bei welchem eine Eigentumsübertragungspflicht des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer fehlt und sich dies allenfalls gar damit erklären lässt, dass es sich beim Leasingobjekt um ein schwindendes Pfand handle, das am Ende der Vertrags-

¹⁷ RINDERKNECHT 75, dort zitiert GAUTSCHI OR 401 N 5 a.

dauer völlig entwertet sei, weshalb sich eine Eigentumsübertragung schliesslich in jenem Zeitpunkt erübrige¹⁸, kann beim Finanzierungsleasing von Immobilien von einem Fehlen einer Eigentumsübertragungspflicht des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer in solch absolutem Sinne nicht gesprochen werden. Vielmehr wird beim Finanzierungsleasing von Immobilien mit der Vereinbarung eines Kaufrechtsvertrages durch die Parteien eine wenn auch bloss suspensiv bedingte Eigentumsübertragungspflicht des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer begründet. Zudem stellen Immobilien auch nach gänzlich erfolgter Amortisation nicht selten noch einen beachtlichen Verkehrswert dar; das Argument, dass das Leasingobjekt letztlich ein schwindendes Pfand darstelle, trifft somit für das Finanzierungsleasing von Immobilien nicht bloss ganz allgemein nicht zu, sondern liefert insbesondere auch auf die Frage, ob bei diesem eine Eigentumsübertragungspflicht des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer vorliege, keine befriedigende Antwort. Ganz abgesehen davon, dass beim Finanzierungsleasing von Immobilien sowieso grundsätzlich Teilamortisationsverträge abgeschlossen werden, entspricht die Vereinbarung einer bloss suspensiv bedingten Eigentumsübertragungspflicht des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer bei Vertragsabschluss mittels Kaufrechtsvertrages vielmehr der Tatsache, dass sich der Leasingnehmer zu diesem Zeitpunkt bezüglich seiner Absicht, dereinst das Eigentum am Leasingobjekt zu erwerben oder nicht, noch nicht entscheiden will.

Schliesslich ist an dieser Stelle auch noch darauf hinzuweisen, dass die Gleichsetzung des Leasinggebers mit einem fiduziarischen Eigentümer, wie dies die Theorie von GIOVANOLI postuliert¹⁹, dem Wesen des Finanzierungsleasing von Immobilien ebenso wenig gerecht wird wie jenem von Mobilien²⁰; denn der Leasinggeber erhält auch beim Finanzierungsleasing von Immobilien das Leasingobjekt von einem Dritten aufgrund eines mit diesem in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abgeschlossenen Grundstückkaufvertrages und behält als Volleigentümer während der ganzen Vertragsdauer die volle Verfügungsfreiheit über das Leasingobjekt. Grundsätzlich steht es in seinem Belieben, das Leasingobjekt wieder zu veräussern oder zu belasten. Eine entsprechende Befugnis ist denn auch in Finanzierungsleasingverträgen von Immobilien nicht selten anzutreffen.

GIOVANOLIS Hinweis auf die Vereinbarkeit seiner Theorie mit den sachenrechtlichen Bestimmungen des ZGB²¹ mit dem Argument, dass der Leasinggeber beim Finanzierungsleasing von Mobilien das Leasingobjekt nicht vom zukünftigen Leasingnehmer, wo es schliesslich während der Vertragsdauer bleibt, sondern von einem Dritten zu Eigentum erwerbe, ist für die Frage der Anwendbarkeit eben dieser Theorie auf den Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien nicht relevant, da bei Grundstücken das Erfordernis der Publizität der dinglichen Berechtigungen

¹⁸ Vgl. GIOVANOLI (2) 56, (3) 15.

¹⁹ Vgl. § 11 III. D.

²⁰ Vgl. hiezu RINDERKNECHT 75 f.

²¹ GIOVANOLI (3) 15, (6) 18.

darán durch die entsprechende Eintragung im Grundbuch erfüllt wird. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang allerdings ist die Tatsache, dass beim Finanzierungsleasing von Immobilien, ebenso wenig wie bei jenem von Mobilien, eine Sicherungsabrede zwischen Drittem und Leasinggeber nicht vereinbart wird²². Auch im Falle des Finanzierungsleasing von Immobilien schliessen der Dritte und der Leasinggeber einen Kaufvertrag ab. Die Eintragung des Leasinggebers ins Grundbuch als Eigentümer erfolgt in Erfüllung des Grundstückkaufvertrages und nicht aufgrund einer Sicherungsabrede; denn auch der Dritte versteht sich als Grundstückverkäufer und nicht als Pfandbesteller. Auch kann die Eintragung des Leasinggebers als Eigentümer im Grundbuch nicht als Eintragung aufgrund eines fiduziarischen Grundstückserwerbes von einem Dritteigentümer anstelle vom Leasingnehmer betrachtet werden²³. Diese Konstruktion wäre allenfalls denkbar für den Fall, dass der Leasinggeber als direkter Stellvertreter des Leasingnehmers das Leasingobjekt in dessen Namen und auf dessen Rechnung von einem Dritten erwerben würde, zur Absicherung seiner Ansprüche gegenüber dem Leasingnehmer jedoch das Eigentum am Grundstück auf seinen eigenen Namen eintragen liesse. Eine solche Lösung würde jedoch nicht bloss im Widerspruch zu den tatsächlichen Gegebenheiten beim Finanzierungsleasing von Immobilien stehen, wo der Leasinggeber in eigenem Namen und auf eigene Rechnung das Leasingobjekt erwirbt, sondern auch zur auftragsrechtlichen Konstruktion nach Art. 400 OR, wie sie Giovanoli selbst vertritt. Angesichts der oben erwähnten Möglichkeit der hypothekarischen Belastung mittels Grundpfandverschreibung der vom Leasinggeber allenfalls selbst erworbenen, vom Leasinggeber jedoch finanzierten Liegenschaft – von welcher sich das Finanzierungsleasing von Immobilien ja gerade dadurch unterscheidet, dass der Fremdfinanzierer das Grundstück ebenfalls zu seinem Eigentum erwirbt – erscheint sodann die Konstruktion des fiduziarischen Grundstückseigentumserwerbes durch den Leasinggeber von einem Dritteigentümer zudem als überflüssiger Umweg.

²² Gemäss der Theorie von GIOVANOLI (GIOVANOLI [I] 389) findet beim Finanzierungsleasing von Mobilien eine Sicherungsübereignung zugunsten des Leasinggebers von dritter Seite statt. Eine Sicherungsübereignung seitens des Leasingnehmers zugunsten des Leasinggebers hätte zur Voraussetzung, dass der Leasingnehmer zunächst Eigentümer des Leasingobjektes wäre. Dafür müsste beim Finanzierungsleasing von Mobilien bereits in der Besitzesübertragung vom Hersteller/Lieferanten auf den Leasingnehmer die eigentliche Eigentumsübertragung gesehen werden, was jedoch den effektiven Vertragsabreden der Parteien, indem ein Übergang des Eigentums auf den Leasingnehmer in diesem Zeitpunkt nicht gewollt ist, widersprechen würde. (Vgl. hiezu RINDERKNECHT 78) Abgesehen davon wäre ein Sicherungsübereignungsakt in diesem Falle nur mittels Besitzeskonstitutes möglich, – das Leasingobjekt verbleibt bis zum Ablauf der Vertragszeit in den Händen des Leasingnehmers –, was wiederum in Widerspruch zum Faustpfandprinzip und zu den Bestimmungen von Art. 717 und 884 Abs. 3 ZGB, dem Verbot der Sicherungsübereignung mittels Besitzeskonstitutes, stehen würde.

²³ Vgl. bezüglich der analogen Situation beim Finanzierungsleasing von Mobilien: RINDERKNECHT 78.

III. Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Gebrauchsüberlassungsvertrag

Nachdem die vorangegangenen Erörterungen deutlich machten, dass der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien weder als Veräusserungsvertrag im Sinne der von verschiedenen Schweizer Autoren für das Finanzierungsleasing von Mobilien entwickelten Theorie noch als Kreditvertrag *sui generis* im Sinne der in der Schweiz von Giovanoli vertretenen Theorie qualifiziert werden kann, stellt sich die Frage, ob dieses Rechtsgeschäft allenfalls einen Gebrauchsüberlassungsvertrag darstellt.

Wie bereits wiederholt erwähnt, steht beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien die Gebrauchsüberlassung an erster Stelle; dem Leasingnehmer wird der Gebrauch einer Immobilie während einer längerfristigen Vertragsdauer gegen die Entrichtung eines von vorneherein festgelegten Leasingzinses gewährt. Der Leasinggeber beabsichtigt, während dieser Dauer seine Investition – in der Regel teilweise, d.h. bis auf das Niveau der 1. Hypothek – zu amortisieren und räumt dem Leasingnehmer gleichzeitig die Möglichkeit ein, das Leasingobjekt nach Ablauf der Vertragsdauer zu einem im voraus fest bestimmten Preis käuflich zu erwerben. Die effektive Vertragsdauer wird in erster Linie von den steuerrechtlich zulässigen Abschreibungssätzen sowie dem Nutzungsinteresse und den wirtschaftlichen Möglichkeiten des Leasingnehmers bestimmt. Ein Eigentumsübergang auf den Leasingnehmer ist wegen dem vereinbarten Kaufsrecht bei Vertragsabschluss bloss suspensiv bedingt beabsichtigt. Indem damit feststeht, dass beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien der Geschäftswille der Parteien primär auf den «*usus rei*» und nicht auf die «*res*» selber, sowie primär auf die Vergütung als Leistung «*pro usure rei*» und nicht «*pro re*» ausgerichtet ist²⁴, sind mit diesem Rechtsgeschäft die wesentlichen Merkmale eines Gebrauchsüberlassungsvertrages erfüllt. Nachdem bereits oben festgestellt worden ist²⁵, dass der Finanzierungsleasingvertrag ganz allgemein sowohl aus rechtlichen wie auch aus tatsächlichen Gründen weder der Rechtsfigur der Gebrauchsleihe noch derjenigen des Darlehens entspricht, bleibt zu prüfen, ob der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien einen Mietvertrag, bzw. Pachtvertrag als dritten Typus der im schweizerischen Obligationenrecht geregelten Gebrauchsüberlassungsverträge oder allenfalls einen Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* im Sinne der von Giger entwickelten Theorie darstellt; denn die – von der deutschen Lehre in der Zwischenzeit allerdings bereits widerlegte – Behauptung von FLUME²⁶, dass, nachdem entschieden sei, dass mit dem

²⁴ WIELAND 39.

²⁵ Vgl. § 11 II. A und III. C.

²⁶ Vgl. Kritik von FLUME an der Formulierung im BFH-Urteil vom 27. Januar 1970 IV. R. 144/66, S. 481 in FLUME 5.

Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien nicht Kauf vorliege, es nicht mehr um die Frage der einfachen oder nicht einfachen Gleichsetzung dieses Rechtsgeschäftes mit der Miete des bürgerlichen Rechtes²⁷ gehen könne, sondern bereits zugunsten der Miete entschieden sei, kann noch viel weniger Geltung für die schweizerischen Verhältnisse beanspruchen. Hierzulande weicht der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien in nicht unbedeutenden Punkten von der entsprechenden mietvertraglichen Regelung im OR wesentlich ab. Dabei spielt die Tatsache, dass die vertraglichen Abweichungen von der gesetzlichen Regelung des Mietvertrages auf den Grundcharakter des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien als Gebrauchsüberlassungsvertrag keinen Einfluss ausüben, keine Rolle. Aufgrund der im Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien anzutreffenden Abweichungen von der gesetzlichen Regelung des Mietvertrages stellt sich denn vielmehr die Frage, ob dieses Rechtsgeschäft einfach oder nicht einfach mit der Miete bzw. Pacht des OR gleichgesetzt werden kann oder nicht.

A) Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Miet- oder Pachtvertrag

Während bei der Miete und der Pacht eine Sache – bei der Pacht allenfalls auch Rechte – zum Gebrauch auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Entgelt überlassen wird, verpflichtet sich der Pächter im Vergleich zum Mieter neben der Entrichtung eines Entgelts für die Gebrauchsüberlassung zusätzlich zum Bezug der natürlichen Früchte der zum Gebrauch überlassenen Sache sowie zur Vorkehrung sämtlicher Massnahmen, welche der Erzeugung und Verwertung ebensolcher Früchte dienen²⁸.

Indem beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien der Leasingnehmer sich gegenüber dem Leasinggeber lediglich verpflichtet, die gegen ein periodisch zu entrichtendes Entgelt zum Gebrauch übertragen erhaltene Baute bis zum Ablauf der Vertragsdauer in intaktem Zustand selber zu erhalten, entfällt die Frage nach einer allfälligen Subsumtion dieses Rechtsgeschäftes unter die Bestimmungen des Pachtvertrages. Es bleibt somit bloss zu prüfen, ob der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien dem im Gesetz geregelten Mietvertrag entspricht oder nicht.

Gemäss Art. 253 OR verpflichtet sich der Vermieter durch den Mietvertrag, dem Mieter den Gebrauch einer Sache zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter hierfür den Mietzins zu bezahlen.

²⁷ i.S. von Art. 535 ff. BGB.

²⁸ SCHMID Vorbemerkungen zu OR 253–304 N 1 ff.

Für die Qualifikation des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien als Mietvertrag sprechen, abgesehen von dessen primärem Zweck der Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt, die während der Vertragsdauer erfolgende Teilamortisation der vom Leasinggeber für das Leasingobjekt erbrachten Investitionskosten. Ebenso für eine solche Qualifikation spricht die Tatsache, dass in der Praxis heute Finanzierungsleasingverträge von Immobilien als Mietverträge ins Grundbuch vorgemerkt werden. Schliesslich ist als Hinweis in dieselbe Richtung, wenn auch von untergeordneter Bedeutung, die nicht selten in Vertragsdokumenten anzutreffende Terminologie zu bewerten: Oft werden nämlich das Leasingverhältnis als Mietvertrag, der Leasinggeber als Vermieter sowie der Leasingnehmer als Mieter bezeichnet. In entgegengesetzte Richtung jedoch weisen die in Widerspruch zu Art. 254 OR auf den Leasingnehmer übertragene Sacherhaltungspflicht sowie die Wegbedingung der Gewährleistungspflicht des Leasinggebers, bzw. die Abtretung von dessen Gewährleistungsansprüchen gegenüber dem Hersteller auf den Leasingnehmer.

Die in der schweizerischen Doktrin wiederholt bestätigte Feststellung, die hier interessierenden Bestimmungen des Mietvertrages seien grundsätzlich dispositiver Natur²⁹, wird durch Art. 5 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 BMM grundsätzlich auf den Bereich der Mobilien eingeschränkt. Gemäss diesen beiden letzten Bestimmungen ist die hier interessierende gesetzliche Regelung des Mietvertrages im Falle von Wohn- und Geschäftsräumen grundsätzlich nicht dispositiver, sondern zwingender Natur. Aufgrund von Art. 2 Abs. 3 BMM, wonach die Massnahmen sinngemäss für Vertragsverhältnisse gelten, deren wesentlicher Inhalt in der entgeltlichen Überlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen besteht, stellt sich insbesondere die Frage, ob auch Finanzierungsleasingverträge von Immobilien diesem Massnahmenkatalog unterstellt sind oder nicht. Die Bejahung der Frage würde allenfalls zum Resultat der Nichtigkeit von Finanzierungsleasingverträgen von Immobilien, wie sie hier dargestellt sind, führen. In der Literatur³⁰ wird eine Unterstellung des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien unter den BMM mit der Begründung verneint, dass die Gebrauchsüberlassung im Vergleich zu den übrigen Elementen des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien keine dominierende Rolle spiele und somit nicht als wesentlicher Inhalt im Sinne von Art. 3 BMM zu betrachten sei. Gleichgültig, ob die hier zitierte Meinung im Ergebnis zutrifft oder nicht, muss deren Begründung aus inzwischen hinreichend erörterten Gründen abgelehnt werden³¹. Von weit gewichtigerer Relevanz in diesem Zusammenhang ist indessen die in Art. 4 BMM statuierte Ausnahmeregelung. Danach steht dem

²⁹ Vgl. JEANPRÊTRE 272–275; SCHMID Vorbemerkungen zu OR 253–274 N 4 und OR 254/55 N 18; OSER/SCHÖNENBERGER OR 254 N 15; BECKER OR 254/55 N 26; GUHL/MERZ/KUMMER 354; GIGER (I) 51; ZR 76 Nr. 50 E. 8.5 und 8.7.

³⁰ Vgl. RAISSIG/SCHWANDER 37.

³¹ Vgl. vorne § 7 V. A 1. und 2.; § 8; § 11 II.; § 12 S. 153 ff.

Bundesrat die Kompetenz zu, den sachlichen Anwendungsbereich des BMM durch Ausschluss einzelner Kategorien von Wohnungen oder Geschäftsräumen zu beschränken. Ein Ausschluss ist für Kategorien von Wohnungen oder Geschäftsräumen dann möglich, wenn für diese ein genügendes Angebot besteht oder der Charakter eines bestimmten Mietvertrages einen sozialen Schutz nicht mehr rechtfertigt³². Anhand der eingangs dieser Arbeit vorgenommenen rein tatsächlichen Darstellung des Immobilienleasinggeschäftes³³ wurde deutlich, dass bei diesem das Leasingobjekt durch eine ausgeprägte, den spezifischen Wünschen des jeweiligen Leasingnehmers entsprechende, individuelle Ausgestaltung charakterisiert ist. Immobilienleasing wird ja nicht zuletzt auch von den interessierten Unternehmungen deshalb gewählt, da auf dem konventionellen Markt ein ihnen spezifischen Bedürfnissen entsprechen des Angebot nicht zu finden ist. Das Argument des allgemein fehlenden genügenden Angebots entfällt damit als Begründung für diese Unterstellung des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien unter die Missbrauchsgesetzgebung im Mietwesen. Ebenso wenig kann im Zusammenhang mit der anstehenden Frage das Element des Sozialschutzes geltend gemacht werden. Das Immobilienleasing richtet sich an relativ finanzstarke und solvente Leasingnehmer, welche mit dieser Art von Finanzierung ihrer Anlagen in ihrer Liquidität geschont bleiben wollen. Angesichts des für dieses Rechtsgeschäft erforderlichen Mindestwertes des Vertragsobjektes von einer Million Franken, was einer Jahresmiete von mindestens siebzigtausend Franken entsprechen würde, hat schliesslich auch das bereits oben erwähnte Argument des Sozialschutzes keinen Platz mehr. Aus diesen Gründen erscheint der Ausschluss des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien von der Missbrauchsgesetzgebung als zulässig, und es erscheinen die Bestimmungen von Art. 254 OR ff. im Sinne von dispositiven Normen bei der Qualifikation dieses Rechtsgeschäftes als massgebend.

Auch wenn damit die hier interessierenden Bestimmungen des Mietvertragsrechtes dispositiver Natur sind, stellen die davon abweichenden Regelungen, wie sie beim Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien anzutreffen und für diesen charakteristisch sind, dennoch eine atypische Form des Mietvertrages dar. Obwohl mit dem Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien zwar der Grundcharakter der Gebrauchsüberlassung beim Mietvertrag nicht berührt wird, erscheint es angesichts der typenverfremdenden Wirkung von dessen vom Mietvertragsrecht abweichenden Regelungen als gerechtfertigt, den Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien in Analogie zur bereits von Giger für den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien gemachten Feststellung³⁴ als Innominatkontrakt zu qualifizieren³⁵.

³² RAISSIG/SCHWANDER 41.

³³ Vgl. § 7 I.

³⁴ Vgl. vorne § 11 III. B.

³⁵ Gl.M. in Deutschland: WESTPHALEN 521.

B) Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Innominatvertrag

Obgleich der Hauptinhalt des Finanzierungsleasingvertrages von Immobilien miet-ähnlichen Charakters ist, haben dessen vom Mietvertrag, wie er im Gesetz geregelt ist, abweichende Regelungen zur Folge, dass der Richter im Falle von vertraglicher Lückenfüllung sich nicht auf das gesetzliche Folgerecht berufen kann, sondern ein solches modo legislatoris selber zu setzen hat³⁶.

Wie Rinderknecht bereits für den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien festgestellt hat, sind auch bei jenem von Immobilien die Voraussetzungen für dessen Einordnung in die Gruppe der Innominatkontrakte erfüllt³⁷; trotz den Bestimmungen über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen besteht auch für Immobilien im Bereich der Gebrauchsüberlassung neben der Miete, Pacht und Gebrauchsleihe aufgrund und im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie Platz für einen gesetzlich nicht geregelten Vertragstypus. Währenddem in schuldrechtlicher Hinsicht die rechtsgeschäftliche Privatautonomie im Bereich der Gebrauchsüberlassung ihre Grenzen dort findet, wo der Vertragsinhalt nicht mehr bloss auf den Gebrauch der Sache, sondern auf die Sache selbst gerichtet ist, bildet im Sachenrecht der *numerus clausus* der dinglichen Rechte die Schranke der Privatautonomie.

Der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien als Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* setzt sich sodann auch in schuldrechtlicher Hinsicht neben mietrechtlichen Elementen aus solchen des Auftragsrechts – der Leasingnehmer ist zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber dem Hersteller zugunsten des Leasinggebers, zur Ausfertigung eines Übernahmeprotokolls und zur Benachrichtigung des Leasinggebers im Schadenfalle verpflichtet – sowie aus Tatbestandsmerkmalen eigener Art³⁸ zusammen.

³⁶ Vgl. hiezu SCHLUEP (I) 780 ff. insb. 813 ff.

³⁷ Vgl. vorne § 11 III. B.

³⁸ Diese sind insbesondere:

- Tragung des Investitionsrisikos durch den Leasingnehmer
- Gefahrtragung für zufälligen Untergang durch den Leasingnehmer
- Pflicht des Leasingnehmers zum Unterhalt des Leasingobjektes zum vertragsmässigen Gebrauch
- Geltendmachung der Ansprüche aus Gewährleistungsrecht durch den Leasingnehmer
- Recht des Leasingnehmers auf Erneuerung bzw. Verlängerung des Immobilienleasingvertrages
- Recht des Leasingnehmers zur Beteiligung am Mehrwert bzw. Pflicht des Leasingnehmers zur Tragung eines Teils des Minderwertes des Leasingobjektes am Ende der Vertragsdauer.

IV. Schematische Darstellung der Verteilung der wesentlichen Rechte und Pflichten auf die Parteien der den vier für den Immobilienleasingvertrag entwickelten Theorien zugrundeliegenden Vertragsarten

Vertragsart Verteilung von Rechten und Pflichten auf die Vertragsparteien	Veräußerungs- vertrag	Kreditvertrag sui generis	Mietvertrag	Immobilienleasing- vertrag als Gebrauchs- überlassungsvertrag sui generis
Kündbar/unkündbar	unkündbar	kündbar	kündbar	grundsätzlich unkündbar
Tragung des Investitionsrisikos	Käufer	Kreditnehmer	Vermieter	Leasingnehmer
Gefahrtragung für zufälligen Untergang	Käufer	Kreditnehmer	Vermieter	Leasingnehmer
Unterhaltspflicht	Käufer	Kreditnehmer	Vermieter	Leasinneher
Eigentumsübertragungspflicht	Unbedingt zulasten des Verkäufers	Unbedingt zulasten des Kreditgebers	-----	suspensiv bedingt zulasten des Leasingnehmers
Geltendmachung der Ansprüche aus Gewährleistungsrecht	Käufer	Kreditgeber	Vermieter	Leasingnehmer
Anspruch auf Verlängerung bzw. Erneuerung des Schuld- verhältnisses	-----	-----	-----	Leasingnehmer

2. Kapitel:

Die schuldrechtliche Qualifikation des Sale-and-Lease-Back von Immobilien

§ 13 Grundlagen

Angesichts der geringen Bedeutung des Sale-and-Lease-Back von Immobilien – fünf bis sechs Prozent aller Immobilienleasinggeschäfte werden in dieser Form abgewickelt – erstaunt es wenig, dass diesem Rechtsgeschäft in der schweizerischen Lehre im Vergleich zum Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien bis anhin noch weniger Beachtung geschenkt und es in der Rechtssprechung kaum erörtert worden ist. Wenn überhaupt, wird das Sale-and-Lease-Back von Immobilien in der schweizerischen Lehre zumeist bloss beiläufig im Zusammenhang mit der eingehenderen Erörterung des Sale-and-Lease-Back von Mobilien erwähnt, für welches – dies soll an dieser Stelle erwähnt sein – ungeachtet dessen jeweiliger schuldrechtlicher Einordnung durch die einzelnen Autoren von diesen einstimmig Unvereinbarkeit mit den sachenrechtlichen Vorschriften des ZGB bezüglich des Fahrnispfandes, insbesondere den Art. 717 und 884 ZGB, festgestellt wird¹. Gerade im Sale-and-Lease-Back-Verfahren sowohl mit Mobilien als auch mit Immobilien, welche sich nach seiner Meinung aufgrund ihrer identischen Zweckverfolgung in ihrer schuldrechtlichen Ausgestaltung decken, findet Giovanoli seine Theorie für den Finanzierungsleasingvertrag von Mobilien bestätigt. Er weist hiefür insbesondere auf die Tatsache hin, dass beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren, von welchem sich schliesslich das Finanzierungsleasing abgeleitet hat, das Kredit-element noch nicht bloss Motiv für die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer, sondern noch deren Gegenstand selbst gewesen sei². Dieser Hinweis erscheint im Zusammenhang mit der schuldrechtlichen Erörterung des Sale-and-Lease-Back von Immobilien vor allem deshalb von Interesse, da auch im Bereich der Immobilien, aus welchem ja überhaupt das Leasing hervorgegangen war³, ebenso das Sale-and-Lease-Back die ursprüngliche Form des Leasing darstellt. Bis anhin blieb die von Giovanoli vertretene Ansicht bezüglich des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens nicht bloss im allgemeinen unwidersprochen, sondern erfuhr mittlerweile für den Mobiliarbereich durch RINDERKNECHT sogar Bestätigung⁴. Das Bundesgericht hat sich bis anhin

¹ GIOVANOLI (1) 340; GIGER (2) 58 f.; RINDERKNECHT 104.

² GIOVANOLI (6) 8.

³ Vgl. § 6 I.

⁴ RINDERKNECHT 107.

bloss mit dem sachenrechtlichen Aspekt des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens, und zwar im Mobiliarbereich, befasst, ohne sich dabei gleichzeitig näher der Frage der schuldrechtlichen Qualifikation desselben zu widmen⁵. Ein Entscheid des Tribunal Cantonal de Vaud betreffend einen atypischen Fall von Sale-and-Lease-Back von Mobilien gibt auch keine Antwort auf die anstehende Frage, da jenen Erörterungen die inzwischen bereits überholte Theorie des Veräusserungsvertrages zugrunde lag⁶.

⁵ BGE 78 II. 207, 88 II. 73.

⁶ Tribunal Cantonal de Vaud vom 30. Januar 1974 i.S. A + E Leasing AG c. Konkursmasse Darem SA.

§ 14 Das Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien als Kreditvertrag sui generis

Wie anhand der tatsächlichen Darstellung des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens von Immobilien deutlich wurde¹, findet bei diesem Rechtsgeschäft im Unterschied zum Finanzierungsleasing weder ein Gütertausch noch eine Besitzesübertragung aufgrund eines dem Leasingnehmer eingeräumten obligatorischen Gebrauchs- oder Nutzungsrechtes statt. Der massgebliche Leistungsinhalt beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren seitens des Leasinggebers besteht denn auch nicht in einer Gebrauchsüberlassung, wie das bei der Finanzierungsleasingabrede der Fall ist, sondern in der Zurverfügungstellung von Geld an den Leasingnehmer². Im Gegensatz zum Finanzierungsleasing, bei welchem zur Begründung der Kreditvertragstheorie von den entsprechenden Autoren eine allfällige Verwandtschaft mit einem Sachkredit erblickt wird, steht nun beim Sale-and-Lease-Back tatsächlich ein Geldkredit im Mittelpunkt der rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen. Wie bereits anhand der tatsächlichen Erörterung des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens von Immobilien ebenfalls deutlich wurde, findet dieses nicht bloss zur Liquiditätsverbesserung, sondern auch aus «bilanz-kosmetischen» Gründen³ Anwendung, indem damit das Verhältnis Fremd-/Eigenkapital beim Leasingnehmer verbessert werden kann. Dass es sich dabei um einen Geldkredit und nicht um die Bezahlung des Kaufpreises für die Immobilie durch den Leasinggeber an den Leasingnehmer handelt, wird daran deutlich, dass sich der Leasingnehmer verpflichtet, den erhaltenen «Kaufpreis» dem Leasinggeber innerhalb eines festbestimmten Zeitraumes zurückzubezahlen.

Durch das Sale-and-Lease-Back-Verfahren werden die Hypothekarkredite auf der Immobilie des zukünftigen Leasingnehmers durch den Leasinggeber abgelöst, die Verpflichtung zur Amortisation derselben durch den Leasingnehmer bleibt jedoch indirekt durch dessen Pflicht zur Bezahlung der Leasingraten an den Leasinggeber weiterhin bestehen. Mit der Ablösung der Hypothekarkredite durch den Leasinggeber wird beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren gleichzeitig die Eigentümerstellung des Leasingnehmers auf den Leasinggeber übertragen. Seine ursprüngliche Eigentümerstellung vermag der Leasingnehmer nach Ablauf der Vertragszeit allerdings durch Ausübung des Kaufsrechtes wieder zu erlangen.

Da auch beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien die Höhe des gewährten Kredites in erster Linie abhängig ist von der Bonität des Leasingnehmers

¹ Vgl. § 3 IV.

² Vgl. RINDERKNECHT 105 ff. betreffend die analoge Situation beim Sale-and-Lease-Back von Mobilien.

³ Vgl. BODMER 14.

und erst in zweiter Linie vom Marktwert der Immobilie, muss daran erinnert werden, dass Leasingwürdigkeit an sich bereits qualifizierte Kreditwürdigkeit bedeutet. Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, dass der gewährte Kredit im Rahmen des realen Marktwertes der Immobilie, mindestens jedoch in Höhe der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aktuellen hypothekarischen Belastung liegt. Eine ungünstigere Kalkulationsmethode für den Leasingnehmer dürfte daran scheitern, dass damit das Ziel des Sale-and-Lease-Back-Verfahrens, nämlich Liquiditätsverbesserung sowie eine allfällige bilanzkosmetische Besserstellung des Leasingnehmers, vereitelt würde. Damit wird die Bedeutung der Valutaleistung als massgeblicher Inhalt des gesamten Geschäftsvorganges beim Sale-and-Lease-Back verdeutlicht.

Die vom Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer gewährte Gebrauchsüberlassung ist demgegenüber beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht von untergeordneter Bedeutung; den Leasingraten kommt bei dieser Form von Leasing in viel ausgeprägterem Masse der Charakter von Darlehensamortisationsraten und Darlehenszinsen als derjenige von eigentlichen Mietzinsen zu. Schliesslich erfüllt hier auch das Leasingobjekt selbst die Funktion einer Sicherung eines tatsächlich gewährten Kredites. Das Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien ist aus diesen Gründen entsprechend der Theorie von Giovanoli als ein mit Elementen des Kauf- und Mietvertragsrechtes sowie mit eigenen Tatbestandsmerkmalen zusammengesetzter Kreditvertrag *sui generis*, welcher mit den sachenrechtlichen Bestimmungen des schweizerischen Privatrechts vereinbar ist, zu qualifizieren.

Da auch für das Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien keine Formularverträge, sondern bloss Individualverträge vorliegen, ist von Fall zu Fall erneut zu entscheiden, inwieweit die einzelnen Bestimmungen des Darlehens-, Kauf- und Mietvertragsrechtes auf den jeweiligen Sale-and-Lease-Back-Vertrag analoge Anwendungen finden können.

Dritter Teil

Die sachenrechtliche Analyse des Immobilienleasingvertrages

§ 15 Einleitung

Das Immobilienleasing präsentiert sich hinsichtlich dessen Vereinbarkeit mit den sachenrechtlichen Bestimmungen des schweizerischen Privatrechts nicht bloss als wesentlich einfacher als das Mobilienleasing, sondern ganz allgemein als grundsätzlich unproblematisch. Dies wird schon daran deutlich, dass beim Immobilienleasing die Fragen entfallen, die sich beim Mobilienleasing bezüglich der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Eigentumsvorbehalt und das Faustpfand¹ stellen²; denn das Erfordernis der Publizität der dinglichen Berechtigungen wird im ImmobiliARBereich mittels entsprechender Eintragungen im Grundbuch erfüllt³.

Ebenso lässt sich gerade die in diesem Zusammenhang interessierende Frage, ob denn überhaupt auch der dem Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien zugrundeliegende besondere Kreditvertrag zwischen dem Leasinggeber und dem zukünftigen Leasingnehmer als Rechtsgrundlage für die Eintragung des Leasinggebers als Volleigentümer bzw. Bauberechtigten im Sinne von Art. 965 ZGB genüge, positiv beantworten⁴; denn entscheidend hiefür ist nicht, ob dem Leasinggeber gemäss dem abgeschlossenen obligatorischen Grundgeschäft tatsächlich die Stellung eines Volleigentümers bzw. eines Vollbauberechtigten anstelle eines bloss fiduziarischen, wie dies beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren gemäss der Kreditvertragstheorie von Giovanoli der Fall ist⁵, zukommt, sondern ob der im Grundgeschäft auf Begründung des betreffenden dinglichen Rechtes gerichtete Verpflichtungswille klar zum Ausdruck kommt oder nicht⁶. Indem sich der Leasingnehmer beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien jeweils ausdrücklich verpflichtet, dem Leasinggeber das Eigentum am Leasingobjekt zu übertragen bzw. das Baurecht daran einzuräumen, ist das Erfordernis des Vorliegens eines gültigen Rechtsgrundes für die Eintragung der dinglichen Berechtigung des Leasinggebers am Leasingobjekt erfüllt.

Obgleich somit das Sachenrecht des schweizerischen Privatrechts der Verbreitung des Immobilienleasing hiezulande nicht im Wege steht, drängt sich dennoch eine eingehendere sachenrechtliche Erörterung dieses Rechtsgeschäftes, allerdings unter einem anderen Aspekt, auf.

¹ Art. 715, 717 und 884 ZGB.

² GIOVANOLI (6) 7.

³ Vgl. § 12 I.

⁴ Vgl. SCHUEPBACH 209; die analoge Frage entfällt für den Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien, da dort der Leasinggeber durch den käuflichen Erwerb des Leasingobjektes von einem Dritten daran tatsächlich das volle Eigentum erwirbt.

⁵ Vgl. § 14.

⁶ HOMBERGER ZGB 965 N 14, 17, 18; 974 N 3.

In den USA, wo das Immobilienleasing aufgrund der dort herrschenden, besonderen sachenrechtlichen Ordnung – welche sich von derjenigen der Schweiz grundsätzlich unterscheidet – geboren wurde⁷, erwächst dem Leasingnehmer mit dem Abschluss des Immobilienleasingvertrages automatisch eine dingliche Berechtigung am Leasingobjekt, welche ihn in der Ausübung seiner Gebrauchsüberlassungsrechte gegenüber dem Leasinggeber absichert. Eine solche dingliche Berechtigung ist beim Immobilienleasing in Kontinentaleuropa nicht anzutreffen. Die Ursache für die unterschiedliche Ausgestaltung des Immobilienleasingvertrages in dieser Hinsicht in unserem im Vergleich zum angelsächsischen Rechtskreis liegt darin begründet, dass eine dingliche Berechtigung des Leasingnehmers am Leasingobjekt in Kontinentaleuropa von den Vertragsparteien gar nicht beabsichtigt ist und/oder der *numerus clausus* der dinglichen Rechte in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen eine solche Berechtigung von vorne herein ausschliesst. Dies bedeutet nicht nur, dass dem Immobilienleasing in Kontinentaleuropa ein wesentliches Merkmal des amerikanischen Immobilienleasing fehlt, sondern vorallem auch, dass der Leasingnehmer bei der Ausübung seiner Gebrauchsrechte dem Willen oder Unwillen sowie insbesondere dem Erfolg bzw. Misserfolg des Leasinggebers in dessen Geschäftstätigkeit mehr oder weniger schutzlos ausgeliefert ist⁸. Weder bei Veräusserung des Leasingobjektes durch den Leasinggeber an einen Dritten noch im Konkursfalle des Leasinggebers selbst steht dem Leasingnehmer mehr als ein obligatorischer Anspruch auf Vertragserfüllung zu.

Die bereits von GIOVANOLI geäusserte Vermutung, dass die Vertragsparteien in Europa mit dem Kaufrecht das Fehlen einer dinglichen Absicherung des Leasingnehmers, wie sie beim amerikanischen Immobilienleasing anzutreffen ist, kompensieren wollen, liegt nahe⁹. Inwiefern dieses Kaufrecht die erwähnten Bedürfnisse des Leasingnehmers allerdings tatsächlich zu befriedigen vermag, soll unter anderem Gegenstand dieses letzten Teils sein, wo grundsätzlich untersucht wird, welche Möglichkeiten das schweizerische Privatrecht zur Verstärkung der Gebrauchsüberlassungsrechte des Leasingnehmers beim Immobilienleasing bietet.

Die anstehende Frage wird bezüglich beider Formen von Immobilienleasingverträgen, des Finanzierungsleasingvertrages sowie des Sale-and-Lease-Back Verfahrens von Immobilien einheitlich beantwortet, da in beiden Fällen während der Vertragsdauer die uneingeschränkte Verfügungsmacht über das Leasingobjekt aufgrund des Eigentums oder des Baurechtes daran jeweils dem Leasinggeber zusteht.

⁷ Vgl. § 6 II.

⁸ Bei vereinzelten Immobilienleasingverträgen findet sich die Vereinbarung, dass ein Dritter bei Erwerb des Leasingobjektes in das Leasingverhältnis eintreten muss.

⁹ GIOVANOLI (I) 106.

§ 16 Möglichkeiten des Sachenrechts zur Absicherung der Gebrauchsüberlassungsrechte des Leasingnehmers beim Immobilienleasing

Das schweizerische Privatrecht kennt zwei Formen der verstärkten subjektiven Berechtigung an Grundstücken: Die absolute, d.h. gegenüber jedermann wirksame Berechtigung an einem Grundstück, welche durch Bestellung eines Herrschaftsrechtes daran, eines sogenannten dinglichen Rechtes, eingeräumt wird, sowie die relative, d.h. gegenüber der am betreffenden Grundstück dinglich berechtigten Person wirksame Berechtigung, welche durch Einräumung eines realobligatorischen Rechtes gewährt wird. Weder die Anzahl der dinglichen Rechte noch jene der Realobligationen ist unbeschränkt: Beide Arten von Rechten sind einem *numerus clausus* unterworfen¹.

Während bei den dinglichen Rechten zwischen dem einen Vollherrschaftsrecht, dem Eigentum, und einer bestimmten Anzahl von Teilherrschaftsrechten, den sogenannten beschränkten dinglichen Rechten, welche ihrerseits bloss eine Einschränkung des Vollherrschaftsrechtes darstellen, zu unterscheiden ist², besteht für die Realobligationen eine entsprechende Gliederung nicht. Vielmehr haben letztere immer bloss eine bestimmte Pflicht zum Tun oder zum Unterlassen zum Inhalt, sie stellen deshalb ausnahmslos bloss Beschränkungen des Grundeigentums im Sinne von Art. 680 ff. ZGB dar. Allerdings lassen sich die Realobligationen entsprechend der Art ihrer Entstehung auch in zwei Gruppen gliedern: in solche von Gesetzes wegen sowie in solche, welche durch Rechtsgeschäfte begründet werden³. Indem beim Immobilienleasing das Eigentum bzw. die inhaltlich dem Eigentum sehr nahestehende Bauberechtigung am Leasingobjekt stets dem Leasinggeber zukommt, konzentriert sich die anstehende Frage darauf, ob dem Leasingnehmer zur Absicherung seiner Gebrauchsüberlassungsrechte gegenüber dem Leasinggeber allenfalls ein beschränkt dingliches Recht oder eine Realobligation eingeräumt werden kann.

¹ PIOTET 555.

² MEIER-HAYOZ Syst. T. N 256 ff.

³ MEIER-HAYOZ Syst. T. N 77 f. und 292. Während alle dinglichen Rechte erst nach deren Eintragung im Grundbuch verstärkte Wirkung zu entfalten vermögen, bedürfen hiezu im Falle der Realobligationen nur die rechtsgeschäftlich begründeten der Eintragung im Grundbuch.

I. Das Gebrauchsüberlassungsrecht des Leasingnehmers als beschränkt dingliches Recht

Bevor die Frage nach der Möglichkeit der Absicherung der Gebrauchsüberlassungsrechte des Leasingnehmers durch Einräumung eines beschränkt dinglichen Rechtes beantwortet werden kann, gilt es, folgendes zu beachten: Der im zweiten Teil dieser Untersuchung als Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* bzw. als Kreditvertrag *sui generis* qualifizierte Immobilienleasingvertrag stellt die schuldrechtliche Qualifikation der beiden Arten von vertraglichen Vereinbarungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer beim Immobilienleasing dar. Motiv der Vertragsparteien ist die Finanzierung des Gebrauchs einer Immobilie, der Geschäftswille der Parteien richtet sich indessen auf den Abschluss eines obligatorisch wirksamen Rechtsgeschäftes, welches eine Gebrauchsüberlassung bei beiden Arten von Immobilienleasing, wenn auch von unterschiedlicher Priorität, zum Inhalt hat. Die Parteien beabsichtigen bei Vertragsabschluss nicht die Einräumung einer absoluten, d.h. gegenüber jedermann wirksamen Berechtigung zur Gebrauchsüberlassung zugunsten des Leasingnehmers, sondern bloss die Einräumung des entsprechenden obligatorischen Anspruches gegenüber dem Leasinggeber. Es ist nicht bloss kein Zufall, dass der Leasinggeber beim Immobilienleasing im Vergleich zur herkömmlichen hypothekarischen Finanzierung einer Immobilie das volle Eigentum daran beansprucht und nicht dem Leasingnehmer, wenn auch allenfalls belastet, überlässt, sondern auch gar nicht die Absicht des Leasinggebers, dem Leasingnehmer eine wenn auch nur beschränkte dingliche Berechtigung am Leasingobjekt einzuräumen. Der Leasinggeber ist gerade als ausschliesslicher Financier des Leasingobjektes an der uneingeschränkten Verfügungsfreiheit daran interessiert.

Auch wenn das in Amerika entwickelte Immobilienleasing eine Absicherung des Leasingnehmers in seinen Gebrauchsüberlassungsrechten durch eine besondere dingliche Berechtigung am Leasingobjekt miteinschliesst, so dient es in Europa vorrangig in wirtschaftlicher Hinsicht als Modell für ein Geschäft, welches die Finanzierung des Gebrauchs einer Immobilie zum Inhalt hat. Die rechtliche Ausgestaltung dieses Modells ist in Europa als Vorbild indessen von untergeordneter Bedeutung. Da die Parteien jedoch innerhalb der Schranken des Gesetzes in der Gestaltung des Vertragsinhaltes frei sind⁴ und auch keine rechtlichen Gründe vorliegen, welche die Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechtes am Leasingobjekt zugunsten des Leasingnehmers verbieten würden, bleibt zu prüfen, inwiefern eines oder mehrere der vom Gesetz zur Verfügung gestellten beschränkten dinglichen Rechte eine Absicherung des Leasingnehmers in seinen Gebrauchsüberlassungsrechten gegenüber dem Leasinggeber ermöglichen könnten.

⁴ Art. 19 OR.

Entsprechend dem einundzwanzigsten und zweiundzwanzigsten Titel des ZGB gliedern sich die beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken in Dienstbarkeiten, Grundlasten und Grundpfandrechte. Sind die Grundlasten und Grundpfandrechte beschränkt dinglich wirksame Verwertungsrechte, so stellen die Dienstbarkeiten beschränkt dinglich wirksame Nutzungsrechte dar⁵. Mit der Bestellung von Grundlasten und Grundpfandrechten werden dem Berechtigten Verwertungsrechte an einer Sache eingeräumt, welche ihm im Falle der Verwertung eine Beteiligung am Geldwert der Sache gewähren. Demgegenüber erhält der Berechtigte mit der Bestellung einer Dienstbarkeit «Anteil an der physischen Substanz der Sache, wird die Sache seinem unmittelbaren Gebrauch unterworfen»⁶. Die erstgenannte Gruppe von beschränkten dinglichen Rechten dient somit der Absicherung von obligatorischen Ansprüchen eines Gläubigers gegenüber einem Schuldner durch direkte Gewährung der Beteiligung am Geldwert der Sache selbst. Eine entsprechende Sicherungsfunktion kommt den Dienstbarkeiten indessen nicht zu. Die Bestellung einer Dienstbarkeit an einer Sache erfolgt nicht zur Absicherung eines obligatorischen Anspruches des Berechtigten, sondern einzig zur Einräumung eines Teilherrschaftsrechtes an der entsprechenden Sache selbst.

Zweifellos stellt das dem Leasingnehmer zustehende Gebrauchsrecht ein Nutzungsrecht und kein Verwertungsrecht dar. Die Frage, ob die dem Leasingnehmer aus dem Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien zustehenden Gebrauchsrechte mittels einer Grundlast oder eines Grundpfandrechts, wie sie das Gesetz zur Verfügung stellt, abgesichert werden können oder nicht, muss deshalb verneint werden. Ebenso negativ, wenn auch mit anderer Begründung, muss die entsprechende Frage bezüglich der Dienstbarkeiten beantwortet werden. Beim Immobilienleasingvertrag, wie er in der Schweiz abgeschlossen wird, richtet sich der Geschäftswille der Parteien – wie eingangs dieses Abschnittes bereits erwähnt – auf die Gewährung einer ausschliesslich obligatorisch wirksamen Gebrauchsüberlassung und nicht auf die Einräumung eines dinglich wirksamen Teilherrschaftsrechtes, welches die Sache dem unmittelbaren Gebrauch des Leasingnehmers unterwirft.

II. Absicherung der Ansprüche des Leasingnehmers mittels Einräumung einer Realobligation

Wie unter Abschnitt I. dieses Paragraphen dargelegt wurde, stellt das Sachenrecht als Instrumente, welche obligatorischen Ansprüchen verstärkte Wirkung zu ver-

⁵ Vgl. MEIER-HAYOZ Syst. T. N 262.

⁶ MEIER-HAYOZ a.a.O.

leihen vermögen, neben den dinglichen Rechten, welche den Berechtigten eine mehr oder weniger weitgehende Befugnis zur unmittelbaren Beherrschung einer Sache einräumen und welche von diesem gegenüber jedermann durchgesetzt werden können⁷, eine Anzahl besonders gearteter Obligationen, sogenannte Realobligationen zur Verfügung. Diese gewähren im Unterschied zu den dinglichen Rechten nicht eine bestimmte, gegenüber jedermann wirksame Sachherrschaft⁸, sondern haben eine Leistungspflicht zum Inhalt, deren Schuldner oder Gläubiger durch dessen dingliche Berechtigung oder Besitz an der Sache – insbesondere Grundstücke⁹ – bestimmt wird¹⁰. Demzufolge kann die Pflicht zur Vornahme einer geschuldeten Leistung vom Anspruchsberechtigten aufgrund einer Realobligation zwar nicht gegenüber jedermann geltend gemacht werden, – wie das für den dinglich Berechtigten bezüglich der ihm eingeräumten Sachherrschaft der Fall ist –, jedoch jeweils gegenüber der Person, welche an einem bestimmten Grundstück dinglich berechtigt ist, sei es als Volleigentümer, als Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts oder auch bloss als Besitzer. Die Realobligation entspricht damit von ihrem Wesen her dem Bedürfnis des Leasingnehmers beim Immobilienleasing nach einem Rechtsinstitut, welches sein Gebrauchsüberlassungsrecht gegenüber jedem Eigentümer bzw. Bauberechtigten am Leasingobjekt, sei es der ursprüngliche Leasinggeber selbst, sei es allenfalls ein späterer Dritter, absichert.

Wie für die dinglichen Rechte gilt auch für die Realobligationen das Prinzip der Typengebundenheit im Sinne eines *numerus clausus*¹¹. Die gesetzlichen Realobligationen werden in der ersten Abteilung des vierten Teils des ZGB statuiert¹². Rechtsgeschäftliche Realobligationen sind neben den mit Grunddienstbarkeiten nennsächlich verbundenen Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen im Sinne von Art. 730 Abs. 2 ZGB die gemäss Art. 959 ZGB vorgemerkten persönlichen Rechte¹³.

Obgleich Realobligationen Leistungspflichten zum Inhalt haben, welche entweder von Gesetzes wegen oder aufgrund von deren Vormerkung im Grundbuch gegenüber jedem dinglich oder besitzesrechtlich Berechtigten an einer bestimmten Sache geltend gemacht werden können, stellen sie selbst keine dinglichen Rechte dar; denn sie verleihen dem Berechtigten keine unmittelbare Sachherrschaft, noch kann dieser seine Ansprüche damit gegenüber jedermann geltend machen¹⁴. Die Realobligation stellt ein obligatorisch wirksames Schuldverhältnis dar¹⁵. Sie entspricht damit nicht bloss von ihrem Wesen her den Bedürfnissen des Leasing-

⁷ MEIER-HAYOZ Syst. T. N 235; REY Syst. T. N 20 ff.

⁸ MEIER-HAYOZ Syst. T. N 235.

⁹ REY Syst. T. N 81.

¹⁰ MEIER-HAYOZ Syst. T. N 271.

¹¹ PIOTET 555; MEIER-HAYOZ Syst. T. N 292; vgl. die Bemerkungen eingangs dieses Paragraphen.

¹² Vgl. abschliessende Aufzeichnung bei MEIER-HAYOZ Syst. T. N 276.

¹³ MEIER-HAYOZ Syst. T. N 279.

¹⁴ MEIER-HAYOZ Syst. T. N 273.

¹⁵ REY Syst. T. N 85 und 88.

nehmers beim Immobilienleasing, sondern erweist sich auch aufgrund ihrer Rechtsnatur, – sie stellt ein bloss obligatorisch wirksames Schuldverhältnis dar –, mit dem Geschäftswillen der Vertragsparteien, welcher auf die Gewährung eines obligatorischen Anspruchs und nicht auf die Einräumung einer Sachherrschaft ausgerichtet ist, als vereinbar.

Unter den gesetzlichen Realobligationen¹⁶ findet sich keine, welche der Leasingnehmer zur Erfüllung der Gebrauchsüberlassungspflicht des Leasinggebers gegenüber diesem geltend machen könnte. Dies verwundert auch nicht, da beim Immobilienleasing zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer kein Rechtsverhältnis besteht, das ein Ausbalancieren von Rechten und Pflichten zwischen den Vertragsparteien durch die Einräumung einer Realobligation zugunsten des Leasingnehmers, welche das subjektive Recht des Leasinggebers (Eigentum bzw. Baurecht) belasten würde, von Gesetzes wegen zwingend erheischen würde¹⁷.

Da es vielmehr darum geht, eine Möglichkeit zur Absicherung der Gebrauchsüberlassungsrechte des Leasingnehmers zu finden für den Fall, da er dies wünscht, bleibt zu prüfen, ob bloss eine der durch Rechtsgeschäft begündbaren Realobligationen, wie sie das Gesetz in Art. 959 ZGB zur Verfügung stellt, dazu dienen könnte. Im Vordergrund stehen dabei das Kaufsrecht¹⁸, welches die Parteien regelmässig bei Abschluss des Immobilienleasingvertrages miteinander vereinbaren, in den seltensten Fällen jedoch im Grundbuch vormerken lassen, sowie das Mietrecht¹⁹, welches von seinem Inhalt her dem zu sichernden Anspruch des Leasingnehmers, der Gebrauchsüberlassung, unzweifelhaft am nächsten steht²⁰.

A) Das Kaufsrecht

Bereits GIOVANOLI weist auf das für das kontinentaleuropäische Immobilienleasing typische, von den Vertragsparteien bei Vertragsabschluss preislich festbestimmte Kaufsrecht hin, mit der Bemerkung, die Parteien wollten oder könnten

¹⁶ Vgl. MEIER-HAYOZ Syst. T. N 276.

¹⁷ Vgl. REY Syst. T. N 82.

¹⁸ 959 ZGB in Verbindung mit Art. 216 OR.

¹⁹ Art. 959 ZGB in Verbindung mit Art. 260 ZGB.

²⁰ Dem Verfasser dieser Arbeit ist die bereits schon seit einigen Jahren andauernde Kontroverse bezüglich der Frage, ob das Kaufs- und das Mietrecht im Falle der Vormerkung im Grundbuch überhaupt als Realobligationen qualifiziert werden können, bekannt. Weder ist es hier der richtige Ort, noch erscheint der Gegenstand selbst als geeignet, hier die Kontroverse in dieser oder jener Richtung fortzuführen; die folgenden Erörterungen basieren deshalb auf der gegenwärtig herrschenden Lehre, welche die Frage sowohl für das eingetragene Kaufs- als auch Mietrecht positiv beantwortet.

Vgl. dazu insb. MEIER-HAYOZ Syst. T. N 281 f.

damit die in unserem Rechtskreis fehlende dingliche Berechtigung des Leasingnehmers am Leasingobjekt, wie es für das amerikanische Immobilienleasing typisch sei, kompensieren²¹.

Auch wenn das zwischen den Parteien vereinbarte echte Kaufsrecht den Leasinggeber in seiner Verfügungsfreiheit bezüglich des Leasingobjektes einschränkt, indem er im Moment, da der Leasingnehmer von seinem Kaufsrecht Gebrauch machen will, verpflichtet ist, das Leasingobjekt diesem zu verkaufen²², so ist die daraus resultierende Absicherung des Leasingnehmers dennoch primär als beiläufige Folgeerscheinung des abgeschlossenen Kaufsrechtsvertrages; und erst sekundär als Ausdruck einer entsprechenden Absicht zu betrachten.

Aufgrund der besonderen Interessenlage beim Immobilienleasing und der daraus resultierenden Risikoverteilung auf die Vertragsparteien – der Leasinggeber versteht sich ausschliesslich als hundertprozentiger Fremdfinanzierer, der Leasingnehmer hat dementsprechend das Investitionsrisiko sowie die Sachgefahr zu tragen – muss angenommen werden, dass mit der Einräumung eines preislich festbestimmten Kaufrechts primär die Absicht verfolgt wird, den Leasingnehmer zumindest interessenmässig enger ans Leasingobjekt zu binden. Insbesondere ist hierbei daran zu erinnern, dass das eingeräumte Kaufsrecht einen rein kakulatorischen, für den Moment des Endes der Vertragsdauer als gültig angenommenen Wert zum Inhalt hat. Dieser Wert dient denn auch dannzumal als Grundlage zur Beurteilung, ob das Leasingobjekt während der Leasingdauer einen Mehrwert erfahren oder Minderwert erlitten hat. An einem Mehrwert kann der Leasingnehmer bis zu fünfundsiebzig Prozent partizipieren, den Minderwert hat er unter Umständen gänzlich selbst zu tragen. Das Kaufsrecht muss deshalb in erster Linie als Motivation für den Leasingnehmer zum sorgfältigen Gebrauch des Leasingobjekts betrachtet werden. Zudem ist die Schutzwirkung eines im Grundbuch eingetragenen Kaufrechts für den Leasingnehmer beim Immobilienleasing in den meisten Fällen bescheiden. Auch wenn das OR gemäss Art. 216 Verträge, die ein Kaufsrecht an einem Grundstück begründen, nicht auf eine bestimmte Dauer befristet, so kann das Kaufsrecht selbst für nicht länger als zehn Jahre im Grundbuch vorgemerkt werden²³. Der oben erwähnte indirekte Schutz, nämlich Absicherung des Leasingnehmers in der Ausübung seiner Gebrauchsüberlassungsrechte durch Einräumung eines Kaufrechts, würde aufgrund der auf zehn Jahre begrenzten Wirkungsfrist für die meisten Immobilienleasingverträge, welche für eine Dauer von mindestens fünfzehn Jahre abgeschlossen worden sind, nicht einmal ausreichen. Die Ungültigkeit einer von vorneherein eingegangenen obligatorischen Verpflichtung des Leasinggebers, die Vormerkung des mit dem Leasingnehmer vereinbarten Kaufrechts erneuern zu lassen²⁴, ver-

²¹ GIOVANOLI (I) 106.

²² MEIER-HAYOZ 683 N 20.

²³ Vgl. Art. 683 Abs. 2 ZGB.

²⁴ Vgl. MEIER-HAYOZ 681 N 322.

deutlicht an dieser Stelle bloss noch zusätzlich, in welchem beschränkten Umfang die Einräumung eines Kaufsrechts bei der Mehrheit der Immobilienleasingverträge die Stellung des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber tatsächlich zu verstärken mag.

Schliesslich ist an dieser Stelle auch noch darauf hinzuweisen, dass die Parteien beim Immobilienleasing nicht selten – bei den auf bloss zehn Jahre hinaus konzipierten Verträgen sogar regelmässig – ausdrücklich erklären, auf eine Vormerkung des Kaufsrechts im Grundbuch verzichten zu wollen. Gemäss entsprechender Auskünfte der einzelnen Leasinggesellschaften wird mit diesem Verzicht die Absicht verfolgt, die Kosten welche im Zusammenhang mit der Einräumung eines Kaufsrechts an Grundstücken jene der öffentlichen Beurkundung des entsprechenden Vertrages übersteigen würden, vermeiden zu wollen.

Das zwischen den Parteien vereinbarte Kaufsrecht in Gestalt einer rechtsgeschäftlichen Realobligation erweist sich damit zur Absicherung der Gebrauchsüberlassung des Leasingnehmers als rechtlich zwar zulässig, sachlich jedoch als wenig geeignet.

B) Das Mietrecht

Gemäss Art. 959 ZGB in Verbindung mit Art. 260 OR kann bei der Miete aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung zwischen den Parteien das Rechtsverhältnis im Grundbuch vorgemerkt werden. Zwar wird es bis heute noch von den Grundbuchführern unter Berufung auf den vom Gesetz aufgestellten *numerus clausus* der vormerkbaren Rechte²⁵ abgelehnt, den Immobilienleasingvertrag als Rechtsverhältnis im Grundbuch vorzumerken²⁶. Da seine *essentialia negotii* indessen mit jenen des Mietvertrages identisch sind – in beiden Fällen handelt es sich um die Überlassung einer Sache zum Gebrauch gegen Entgelt – liegt zunächst die Frage nahe, ob der Immobilienleasingvertrag nicht dennoch auch die Voraussetzungen sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht zur Vormerkung eines Mietverhältnisses im Grundbuch zu erfüllen vermag.

Dass der Immobilienleasingvertrag trotz seiner Übereinstimmung mit den *essentialia negotii* des Mietvertrages nach Art. 253 ff. OR nicht als solcher qualifiziert werden kann, sondern als atypischer Mietvertrag, d.h. als Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* bzw. als Kreditvertrag *sui generis* betrachtet werden muss, wurde bereits im schuldrechtlichen Teil dieser Arbeit mit der besonderen Art dieses Rechtsgeschäftes begründet²⁷.

²⁵ Art. 959 ZGB.

²⁶ Vgl. SCHUEPBACH 211 ff.

²⁷ Vgl. § 12 und § 14.

Wie an erwähnter Stelle dargelegt wurde, sind die Nebenabreden beim Immobilienleasingvertrag, welche in ihrem Inhalt gegenüber den entsprechenden gesetzlichen, wenn auch dispositiven Regelungen des Mietrechts abweichen, die Konsequenz der dem Leasingnehmer zukommenden Rechtsstellung, welche jene des gewöhnlichen Mieters umfangmässig weit übertrifft. Insbesondere ist dabei daran zu erinnern, dass der Leasingnehmer das Leasingobjekt, welches auf seine Veranlassung hin und im Hinblick auf seine individuellen Bedürfnisse vom Leasinggeber erstellt oder zumindest erworben worden ist, während einer unkündbaren Mindestdauer von zehn bis zwanzig Jahren ungestört benützen kann. Die nicht zuletzt aus diesen Gegebenheiten resultierende, sehr umfassende Rechtsstellung des Leasingnehmers, welche vor allem ein Mehr gegenüber derjenigen des gewöhnlichen Mieters bedeutet, würde schliesslich für eine Anerkennung des Immobilienleasingvertrages als materielle Voraussetzung zur Vormerkung eines Mietverhältnisses im Grundbuch sprechen. Diese Ansicht würde – zumindest auf den ersten Blick – darin eine Bestätigung finden, dass es auch möglich ist, das Eigentum als Vollherrschaft an einem Grundstück aufgrund einer schuldrechtlichen Vereinbarung, welche dem Berechtigten an und für sich bloss das fiduziarische Eigentum daran einräumt, eintragen zu lassen, sofern der entsprechende Verfügungswille in den Parteivereinbarungen deutlich zum Ausdruck kommt²⁸; denn, wenn das bloss fiduziarische Eigentum im Grundbuch ebenfalls als Vollherrschaftsrecht, welches absolut, d.h. gegenüber jedermann geltend gemacht werden kann, eintragbar ist, so liegt die Schlussfolgerung nahe, dass mit dem Immobilienleasingvertrag die Voraussetzungen zur Eintragung eines Mietverhältnisses, und zwar in zweierlei Hinsicht, erfüllt sind. Nicht bloss würden sich in diesem Fall die *essentialia negotii* des eingetragenen Mietverhältnisses mit jenen des der Vormerkung zugrundeliegenden Immobilienleasingvertrages decken, sondern es würde auch die Rechtsnatur der vorgemerkten Berechtigung derjenigen, wie sie zwischen den Parteien vertraglich vereinbart wurde, gänzlich entsprechen. Mit der Vormerkung eines Mietverhältnisses im Grundbuch aufgrund des Immobilienleasingvertrages bliebe der Leasingnehmer entsprechend dem Geschäftswillen der Parteien bloss obligatorisch berechtigt; eine Berechtigung an der Sache würde dem Leasingnehmer jedoch damit nicht zuteil, wie dies mit der Eintragung des fiduziarischen Eigentums im Grundbuch als Volleigentum, welche eine umfassende Verfügungsfreiheit am betreffenden Grundstück zur Folge hat, zugunsten des Fiduziars geschieht.

Demgegenüber ist allerdings zu beachten, dass mit der Vormerkung eines Mietrechts im Grundbuch zugunsten des Leasingnehmers seiner Berechtigung gegenüber dem Leasinggeber bloss im Umfang der durch die Realobligation des Mietrechts abgedeckten mietrechtlichen Tatbestandsmerkmale und nicht mehr öffentlicher Glaube verliehen würde; denn das Recht des Leasingnehmers auf einen Anschlussleasingvertrag sowie dessen Beteiligungsrechte an einem allfälligen Mehrwert des Leasingobjektes nach Vertragsablauf würden mit der Vormerkung eines Mietrechts

²⁸ HOMBERGER ZGB 965 N 14 ff.

nicht abgedeckt. Währenddem beim fiduziarischen Rechtsgeschäft durch die Eintragung des Fiduziars als Grundstückseigentümer im Grundbuch seine obligatorische Berechtigungen in entsprechendem, wenn nicht gar grösserem Umfang dinglich wirksam werden, würde die Vormerkung eines obligatorisch wirksamen Mietrechts im Grundbuch aufgrund eines Immobilienleasingvertrages bloss einem, wenn auch wesentlichen, Teil der Berechtigung des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber öffentlichen Glauben verleihen. Durch die Vormerkung eines Mietrechts als Realobligation aufgrund eines Immobilienleasingvertrages wäre der öffentliche Glaube an der Rechtsstellung des Leasingnehmers bloss im Umfang, wie sie einem gewöhnlichen Mieter zukommt, gewährleistet. Erscheint damit die Vormerkung eines Mietrechts im Grundbuch aufgrund eines Immobilienleasingvertrages aus rein rechtlichen Gründen allenfalls noch zulässig, so muss sie jedoch, vom Resultat her betrachtet, als unzureichend abgelehnt werden.

Nachdem im schuldrechtlichen Teil der Immobilienleasingvertrag als Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* im Sinne eines atypischen Mietvertrages qualifiziert worden ist, stellt sich die Frage, ob mit der kategorischen Ablehnung der Vormerkung des Immobilienleasingvertrages im Grundbuch unter Berufung auf den *numerus clausus* der vormerkbaren Rechte eben dieses Prinzip nicht eine allzu rigorose Anwendung erfährt. Rein sachlich spräche für die Vormerkung des Immobilienleasingvertrages selbst im Grundbuch die Tatsache, damit eine tragfähige und zugleich zweckmässige Möglichkeit der Absicherung des Leasingnehmers in seinen Gebrauchsüberlassungsrechten gegenüber dem Leasinggeber zur Verfügung zu haben, ohne dass damit gleichzeitig der Leasinggeber oder ein Dritter in seinen Rechten benachteiligt oder zumindest ungerechtfertigterweise eingeschränkt würde. In rein rechtlicher Hinsicht liesse sich für die Vormerkbarkeit des Immobilienleasingvertrages im Grundbuch anführen, dass sich die Atypizität des Immobilienleasingvertrages bezüglich des gewöhnlichen Mietvertrages in erster Linie und weitestgehend durch die verstärkte Stellung des Leasingnehmers auszeichnet, welche jedoch ihrerseits den Grundcharakter des der Realobligation des Mietrechts zugrundeliegenden Mietvertrages als eines Gebrauchsüberlassungsvertrages unangestastet lässt. Mit dieser Begründung liesse es sich schliesslich allenfalls rechtfertigen, den Immobilienleasingvertrag selbst als realobligatorisch wirksames Rechtsverhältnis im Sinne eines Mietrechts besonderer Art im Grundbuch vorzumerken.

Zur Vormerkung eines persönlichen Rechts im Grundbuch bedarf es neben des formell sowie materiell gültigen Grundgeschäftes zusätzlich noch einer gültigen Vormerkungsabrede²⁹.

Mit der Einigung zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber hinsichtlich der Vormerkungsabrede wären auch die materiellen Voraussetzungen zur Vormerkung des Immobilienleasingvertrages im Grundbuch erfüllt. Formell setzt die Vormerkung nicht nur ein gültiges obligatorisches Rechtsverhältnis der in Rede stehenden Art – hier einen Immobilienleasingvertrag – voraus, sondern es muss in der für das

²⁹ HOMBERGER ZGB 959 N 7 f.

entsprechende Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form auch die zunächst nur persönliche Verpflichtung des Eigentümers vorliegen, das persönliche Recht vormerken³⁰ und ihm damit stärkere Wirkung verleihen zu lassen³¹.

Da weder für die Miete im allgemeinen noch für den Immobilienleasingvertrag im besonderen zwingende Formvorschriften bestehen, könnten für die Vormerkung des Immobilienleasingvertrages die formlos vereinbarten Vormerkungsabreden schon als gültig anerkannt werden³². Demgegenüber ist zu beachten, dass der Ausweis über das Vormerkungsgeschäft gegenüber dem Grundbuchführer schriftlich sein muss³³. Zur Gültigkeit einer Vereinbarung zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer betreffend Vormerkung eines Immobilienleasingvertrages im Grundbuch bedürfte es demzufolge keiner besonderen Form, sie könnte auch beim schriftlich abgeschlossenen Immobilienleasingvertrag, was die Regel ist, bloss mündlich getroffen werden. Zur Eintragung des Immobilienleasingvertrages durch den Grundbuchführer bedürfte es jedoch eines schriftlichen Ausweises; dieser könnte getrennt vom eigentlichen Immobilienleasingvertrag vom Leasinggeber bestellt werden.

Abschliessend ist festzustellen, dass die Vormerkung eines Immobilienleasingvertrages im Grundbuch nicht bloss materiell und formell zulässig, sondern auch unter dem Aspekt der Fristigkeit zweckmässig wäre; gemäss GBV Art. 71 bestimmen die Parteien selber die Zeitdauer des Bestandes des vorgemerkten Mietverhältnisses im Unterschied zur Vormerkung eines Kaufsrechtes, welche gemäss Art. 683 Abs. 2 ZGB bloss für eine Dauer von maximal zehn Jahren vorgenommen werden kann. Indem auch die Gültigkeit des Mietvertrages selbst nach Art. 253 ff. OR grundsätzlich an keine zeitlichen Fristen gebunden ist, würde der Vormerkung eines Immobilienleasingvertrages im Grundbuch für eine Dauer von mehr als zehn Jahren nichts im Wege stehen.

³⁰ HOMBERGER ZGB 959 N 7.

³¹ HAAB ZGB 683 N 3.

³² HOMBERGER ZGB 959 N 7.

³³ GBV Art. 71.

Zusammenfassung

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass das aus Amerika stammende Leasing von Immobilien, die ursprünglichste Form von Leasing überhaupt, in der Schweiz eine sehr junge Leasingform darstellt.

Dass das amerikanische Immobilienleasing in Kontinentaleuropa und insbesondere in der Schweiz in erster Linie als Vorbild eines Finanzierungsgeschäftes, eines wirtschaftlichen Phänomens, und weniger als Vorbild eines spezifischen Rechtsgeschäftes gedient hat, widerspiegelt sich in der Tatsache, dass in der Schweiz bis heute für das Immobilienleasing noch keine Standardverträge entwickelt worden sind; Immobilienleasingverträge stellen in der Schweiz nach wie vor Individualverträge und keine Formularverträge dar.

Dennoch haben sich in der Schweiz bis heute aus der Vielfalt von Leasinggeschäften analog den in Amerika anzutreffenden beiden Grundformen von Immobilienleasing zwei typische Formen dieser Leasingart, das Finanzierungsleasing sowie das Sale-and-Lease-Back-Verfahren von Immobilien herausentwickelt. Obgleich diesen beiden Formen von Immobilienleasing dieselbe wirtschaftliche Zweckverfolgung zugrundeliegt, nämlich Liquiditätsschonung durch Fremdfinanzierung des Gebrauchs und nicht des Erwerbs einer Immobilie, unterscheiden sich die diesen beiden Formen von Immobilienleasing zugrundeliegenden Vereinbarungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer in schuldrechtlicher Hinsicht. Die Ursache für die unterschiedliche schuldrechtliche Ausgestaltung des jeweiligen Immobilienleasingvertrages liegt darin, dass beim Finanzierungsleasing zum Leasinggeber und Leasingnehmer ein Dritter hinzutritt, der die vom Leasinggeber zu finanzierende Immobilie liefert bzw. herstellt, während beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren der zukünftige Leasingnehmer der Eigentümer des zu finanzierenden Leasingobjektes ist. Zwar orientieren sich die Parteien sowohl beim Finanzierungsleasing als auch beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren auf weite Strecken an den entsprechenden, im OR geregelten Verträgen. Angesichts der Eigenständigkeit der Rechtsgeschäfte zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer sowohl beim Finanzierungsleasing als auch beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren erweist sich jedoch eine Subsumption derselben unter die entsprechenden Verträge im OR als undurchführbar; in beiden Fällen handelt es sich vielmehr um Innominatsverträge. Währenddem der Finanzierungsleasingvertrag von Immobilien einen Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis* darstellt, liegt beim Sale-and-Lease-Back-Verfahren als Rechtsgeschäft zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer ein Kreditvertrag *sui generis* vor.

Beide Vertragsarten erweisen sich sodann, wie die entsprechenden Analysen gezeigt haben, nicht bloss in schuldrechtlicher, sondern auch in sachenrechtlicher Hinsicht als unproblematisch, beide stehen in Einklang mit dem schweizerischen Privatrecht.

Beim schweizerischen Immobilienleasing erwächst dem Leasingnehmer bei Vertragsabschluss nicht wie beim Immobilienleasing nach amerikanischem Recht automatisch eine dingliche Berechtigung am Leasingobjekt, welche ihm einen verstärkten Schutz in seinen Gebrauchsüberlassungsrechten gegenüber dem Leasinggeber verleihen würde. Dass eine solche Berechtigung zugunsten des Leasingnehmers in der Schweiz beim Immobilienleasing grundsätzlich nicht beabsichtigt ist und damit weder wesentliches noch typisches Merkmal des Immobilienleasingvertrages darstellt, kommt in den einzelnen Verträgen dadurch zum Ausdruck, dass eine entsprechende Vereinbarung der Parteien durchwegs fehlt.

Umgekehrt muss die Tatsache anerkannt werden, dass das Bedürfnis des Leasingnehmers nach verstärktem Schutz in seinen Gebrauchsüberlassungsrechten gegenüber dem Leasinggeber gerade beim Immobilienleasing aktuell werden kann. Da sich der Parteiwille beim Immobilienleasing ausschliesslich auf die Einräumung obligatorisch wirksamer Rechte ausrichtet, kann nicht mit der Einräumung einer Dienstbarkeit, welche eine dinglich wirksame Gebrauchsüberlassung zum Inhalt hätte, dem Leasingnehmer der erwähnte Schutz gewährt werden.

Das schweizerische Sachenrecht kennt zwar das Rechtsinstitut der im Grundbuch vormerkbaren Realobligation, aufgrund welcher der jeweiligen dinglich Berechtigte an einer Sache gegenüber einem bestimmten Gläubiger zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet ist. Die Vormerkung eines Mietrechts zugunsten des Leasingnehmers muss jedoch, obgleich es inhaltlich den Gebrauchsüberlassungsrechten des Leasingnehmers beim Immobilienleasing sehr nahe kommt, abgelehnt werden, da damit dem Leasingnehmer bloss für einen Teil seiner Rechte gegenüber dem Leasinggeber Schutz gewährt würde.

Zwar sind die im Grundbuch vormerkbaren Rechte des schweizerischen Sachenrechts einem *numerus clausus* unterworfen, welcher die Rechte des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber nicht miteinschliesst. Die Vormerkbarkeit des Leasingverhältnisses aufgrund einer weiten Auslegung des *numerus clausus* der vormerkbaren Rechte wäre beim Immobilienleasing indessen nicht bloss sachlich zweckmässig, sondern rechtlich auch begründbar.

Lebenslauf

Am 18. Juli 1954 wurde ich als Sohn des Felix Wulkan und der Charlotte, geb. Hoehn, als Bürger von Bern und Zürich in Zürich geboren.

Nach dem Besuch der Primarschule in Zürich und Herrliberg trat ich im Frühjahr 1967 in das Freie Gymnasium in Zürich ein; dort legte ich im September 1974 die Maturitätsprüfung Typ B ab.

Nach einem Jahr Militärdienst immatrikulierte ich mich im Herbst 1975 für zwei Semester an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Neuenburg und setzte anschliessend an der Universität Zürich meine Studien fort, welche ich sodann im Sommer 1981 mit dem Lizentiat abschloss.

Während meiner ersten praktischen Tätigkeit als Auditor auf der Bezirksanwaltschaft Uster und anschliessend als Mitarbeiter in einem Anwaltsbüro in Zürich stiess ich auf das Thema der vorliegenden Dissertation, an welcher ich im Frühjahr 1983 zu arbeiten begann. Nach einem durch die Tätigkeit als Auditor am Bezirksgericht Meilen bedingten einjährigen Unterbruch nahm ich im Frühjahr 1985 die Arbeit an meiner Dissertation wieder auf, um diese schliesslich anfangs 1986 abschliessen zu können.

